



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

WIDENER LIBRARY



HX G97R N

AH 7203.141



Harvard College Library.

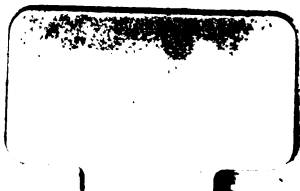
FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.







Ausführliche Erläuterung

P a n d e c t e n

nach
Hellfeld

ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrath und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Acht und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1826.

~~VI. 9255~~

AH 7203.141

✓ Harvard College Library.

29 June 1891.

From the Library of

Prof. B. W. GUENEY.

Fortsetzung des Titels

De actione rerum amotarum.

§. 1284. b.

Daseyn einer gültigen Ehe. Prüfung der Faberischen
Conjectur über L. 17. h. t.

Aus allem, was bisher von den Bedingungen der *actio rerum amotarum* gesagt worden ist, erlediget sich von selbst die letzte wesentliche Bedingung dieser Klage, nämlich das Daseyn einer gültigen Ehe ¹⁾. Bestand also keine wahre und gesetzmäßige Ehe zwischen denjenigen, unter welchen eine Entwendung vorgefallen ist; so fällt die *actio rerum amotarum* weg, weil hier kein *divortium* im rechtlichen Sinne denkbar ist. Hier findet also ohne alles Bedenken die bey dem Diebstahl gestattete Rechtsverfolgung Statt, wie Ulpian *libro XXX. ad Edictum*. lehrt.

L. 17. D. h. t. Si concubina res amoverit,
hoc iure utimur, ut FURTI teneatur: consequenter

1) S. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 3. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Igitur actio. pag. 530. B. VOORDA Thes. controuv. Decad. IV. Th. 1. und POTHEZ Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. IV. pag. 77.

dicemus, ubicumque cessat matrimonium, utputa in ea, quae tutori suo nupsit²⁾, vel contra mandata convenit³⁾, vel sicubi alibi cesset matrimonium, cessare rerum amotarum actionem: QUIA COMPETIT DIVORTII CAUSA.

Der Grund, den hier Ulpian für die Praxis des hier aufgestellten Satzes anführt, scheint dem Anton Faber⁴⁾ ganz unpassend zu seyn. Denn so wahr es auch ist, daß die *actio rerum amotarum* eine Entwendung *divortii causa* voraussetzt, so wenig könne man doch sagen, *eam competere divortii causa*. Er will daher die Worte: *divortii causa*, trennen, und, als hierher nicht gehörig, zum folgenden §. 1. ziehen, wo Ulpian habe erklären wollen, was man *res divortii causa amotae* nenne. Der ganze Zusammenhang mache es daher nothwendig, daß man den §. 1. so lesen müsse: *Divortii causa res amotas dicimus etc.* Die Worte: *quia competat*, hätten nun zwar freylich keinen Sinn, wenn man sie mit den unmittelbar vorhergehenden Worten in Verbindung setzt: *cessare rerum amotarum actionem, quia*

2) L. 59. D. de ritu nupt.

3) L. 57. pr. L. 63. D. eodem. Cysacius ad Ulpianum Tit. IX. Not. 1. meint, es habe bey Ulpian geheißen: *in manum convenit*, die ersten Worte aber habe Tribonian weggelassen. Ueß schon Ant. Schulting in Juriapud. Antejust. ad h. loc. Not. 2. pag. 591. hat dagegen sehr richtig bemerkt, daß die Eheverbote auf keine gewisse Art der Ehe beschränkt gewesen sind. Man vergleiche auch Ja. Suarez De Mendoza Commentar. ad Leg. Aquilian. Lib. II. Cap. III. Sect. 3. nr. 13. et 14. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 126.)

4) Cit. loc.

competit. Läßt sich ein größerer Unsinn denken? Allein es falle ja in die Augen, daß hier die Lesart fehlerhaft sey. Dieser Fehler sey indessen leicht zu verbessern, wenn man das hier weggelassene Wort *furti restituere*, wofern man nicht vielleicht lieber die Worte: *quia competit, als verba irreptitia, et ab imperito interprete addita*, ganz wegstreichen wolle.

Nun ist zwar diese Conjectur von vielen getadelt, und fast von allen 5) verworfen worden. Es hat auch wohl keinen Zweifel, daß wenn man die gemeine Lesart, mit welcher auch die florentinische übereinstimmt, beybehält, die Worte: *quia competit divortii causa*, keine Ungereimtheit enthalten, indem sie wohl keinen andern Sinn haben sollen, als den, daß die *actio rerum amotarum* ein *divortium* wesentlich voraussetze. Denn sie erfordert nicht nur, daß die Entwendung *divortii causa* geschehen, sondern auch daß *divortium* wirklich erfolgt seyn müsse. Sagt nicht in dieser Beziehung Ulpian auch an einem andern Orte 6): *Rerum amotarum actionem non solere nisi ex divortio oriri*? Man kann zugeben, die Worte: *divortii causa* seyen nicht füglich von den Anfangsworten des §. 1. *Res amotas dicimus* zu trennen, weil Ulpian daselbst, wie der ganze Zusammenhang lehrt, nicht bloß erklären wollte, was *res amotae* sind, sondern wenn man sagen könne: *res divortii causa amo-*

5) Man sehe BACHOV *Adversus Ant. Fabrum*. Dec. LXXIX. Err. 3. Franc. RAMOS *Del MANZANO Praelect.* ad L. 25. D. h. t. §. 6. (in *Thes. Meerman.* Tom. VII. pag. 208.) und Ant. SCHULTINGE *Notae ad Digesta seu Pandectas*, edit. et animadvers. auctae a Nio. SMALLENBURG. Tom. IV. ad h. L. 17. pag. 364.

6) *L. ult. §. 2. D. de divort.*

tas esse. Allein daraus folgt noch nicht, daß sie deswegen von den letzten Worten des Principis zu trennen, und daher eine Emendation der Worte: *quia competit*, nothwendig sey. Wie wenn man die Worte: *divortii causa*, mit Hülfe einer Geminatio läse, so daß sie zu beyden Perioden gehören? Das kritische Messer könnte also hier ganz bey Seite gelegt werden, und Manzano 7) hätte alsdann auch gewiß nicht Unrecht, wenn er sagt: *vellem uteretur causatius critica spongia magnus hic in iure civili novator.*

Dem allen ungeachtet, hätte man doch nicht so voreilig über Fabers Conjectur den Stab brechen sollen, da für sie in den Scholien der Basiliken eine mächtige Stütze sich findet, welches von allen Auslegern hier übersehen ist. In den Scholien der Basiliken 8), von deren hohen Werth ich schon bey mehreren Gelegenheiten gesprochen habe, findet sich eine wörtliche Uebersetzung unserer L. 17. welche folgendermassen lautet:

Εάν παλλακή υποκλέψη πράγματα ἢ τινι παλλακένεται, τῇ φούρτι κατέχεται. καθολικῶς γάρ, ὅπου γάμος μὴ συνίσταται κατὰ νόμον, ἐκεῖ ἡ φούρτι κατὰ τῆς γυναικὸς ἀρμόζει. ὅθεν εἰν τῷ ἰδίῳ ἐπιτροπῷ γαμηθῆ ἢ γυνῇ, ἢ τῷ ἀρχοντι τῆς ἐπαρχίας ἢ οὐσα ἐξ αὐτῆς τῆς ἐπαρχίας παρὰ τὸν νόμον γαμηθεῖν, ἢ ὅπωςδῆποτε μὴ συνέστηκε κατὰ νόμον ὁ γάμος, ἀρκεῖ κατὰ τῆς γυναικὸς ἢ ῥερονυ ἀμοτάρουμ, ἐπειδὴν ἡ φούρτι ἀρμόζει. i. e. *Si concubina furtum ei, cuius concubina est, fecerit, furti tenebitur. Generaliter enim, ubicumque legitimum non*

7) Cit. loc.

8) Tom. IV. Basilic. pag. 435. Sch. z.

contrahitur matrimonium, illic competit furti actio adversus mulierem. Unde si tutori suo mulier nupserit, vel praesidi provinciae, quae ex eadem provincia erat, contra leges nupserit, vel quomodocumque non iure constiterit matrimonium, cessat adversus mulierem actio rerum amotarum, QUIA FURTI COMPETIT.

Die Worte: *divortii causa* sind nun auch in den Basiliken ⁹⁾ mit dem §. 1. der L. 17. verbunden. Dieser §. lautet nämlich in den Basiliken so:

Διαζυγίου αἰτία λέγομεν ὑφαιρεθῆναι, ὅς μόνον ὅπερ ἡ γυνή κλέψει λογισμὸν ἐσχηκῶτα διαζυγίου, ἀλλὰ καὶ ὅπερ ἐκλεψε γεγαμημένη, ἐὰν ἐκρουσῆν αὐτὸ ἐν τῷ ὑπαναχωρεῖν. i. e. *DIVORTII CAUSA dicimus res amotas, non solum quas mulier subripuit, cum de divortio cogitaret: sed etiam quas nupta subripuit, si, cum discederet, eas celaverit.*

§. 1284. c.

Wem steht die Klage zu?, Erläuterung der L. 16.
und L. 6. D. h. t.

Die Klage steht nicht nur dem bestohlenen Ehegatten zu, es sey der Mann oder die Frau, sondern auch den Erben.

L. 11. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIII. ad Edictum. MARCELLUS libro octavo Digestorum scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit ¹⁰⁾, et res amoverunt, rerum amotarum teneri.

9) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 17. §. 1. pag. 426

10) Mit der Redensart *domo expellere* wird das *divortium* bezeichnet. S. Ger. NoODT Comm. ad Dig. h. t. §.

L. 17. D. eodem. Ulpianus libro LXXXVII. ad Saburam. Mulierem habebit rerum amotarum actionem adversus virum et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.

L. 6. §. 3. D. eodem. Paulus libro VII. ad Saburam. Si post divortium maritus decesserit, haec eius rerum amotarum iudicio uti potest.

L. 21. §. 3. D. eodem. Paulus libro XXXVII. ad Edictum. Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. — Praeterea et heredibus competit.

Auch ändern, welche nach erfolgter Ehescheidung in die Rechte des bestohlenen Ehegatten eintreten, z. B. dem Fiskus, der das Vermögen des Mannes wegen eines von demselben begangenen Verbrechens eingezogen hat, wenn sich die Frau noch vor der Verurtheilung ihres Mannes von ihm getrennt hatte, wird die actio rerum amotarum gestattet, welche jedoch nur auf das Einfache geht, während Andere, die sich an diesem Vermögen versgriffen haben, auf das Vierfache verurtheilt werden können.

L. 16. D. h. t. HERMOGENIANUS Lib. II. Juris Epitomarum. Ad fiscum mariti bonis devolutis, uxor rerum amotarum nomine in simplum convenitur: quamvis alii in quadruplum²¹⁾ condemnentur.

Promittitur. pag. 532. Bey den Griechen wurde von dem Manne der Ausdruck ἀποτέμνειν, von der Frau aber der Ausdruck ἀποχωρεῖν gebraucht. S. Sam. Praxius ad Leges Atticas. Lib. VI. Tit. 3. (in Jurispr. Rom. et Attica. Tom. III. pag. 558.)

Steht der Mann noch unter väterlicher Gewalt, und die Frau hat entweder ihren Schwiegervater bestohlen, oder

1) Ruffard erklärt dieses quadruplum vom furto manifesto, und fügt die Worte vel in duplum hinzu, wegen des furti neo manifesti. Ihm stimmt auch Noort in Comm. ad Dig. h. t. §. Porro ait, pag. 532. bey. Allein Jos. FINESTRES et de MONSALVO in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. Comment. Tom. I. ad L. 16. h. t. §. 4. pag. 532. hält diesen Zusatz für unnöthig, weil Hermogenian nicht schlechterdings behauptete, daß Andere zum Vierfachen verurtheilt würden, sondern nur sage: *quamvis alii in quadruplum condemnentur*. Er habe also dadurch nur anzeigen wollen, die Frau könne actione rerum amotarum nie über das Einfache belangt werden, wenn auch der Fiscus gegen sie klagen sollte. Hierin sey sie von Andern sehr unterschieden, welche auch wohl auf das Vierfache verurtheilt werden könnten. Er habe also hier nur die höchste Strafe genannt, welche eintreten könnte, nämlich wenn das furtum manifestum ist, nicht aber darum, als ob der Fiscus auch wegen des furti neo manifesti auf das quadruplum klagen könne, wenn nicht fiscalsche Gelder, sondern bloß Sachen einer Privatperson entwendet worden sind, in dessen Rechte der Fiscus getreten ist. Die griechischen Scholasten in den Basilic. Tom. IV. pag. 434. sq. scheinen hier nicht mit einander übereinzustimmen. CYRILLOS Sch. u. und die Innominati Sch. y. erklären die L. 16. so, als ob der Fiscus von Andern, ob subrepta bona publicata, allemal das Vierfache fordern könne, während die Frau mit der actione rerum amotarum nur auf das Einfache zu belangen sey. Sie führen den Grund an: *Οι γὰρ τὸν φίσκον περιγράφοντες, εἰς τὸ τετραπλοῦν καταδικάζονται, i. e. Qui enim fisco fraudem fecerunt, condemnantur in quadruplum*, und berufen sich auf L. 46. §. ult. XLIX. 14.

Sachen, die zu dem Peculium ihres Mannes, oder auch zur dos, die dem Manne eingehändigt worden ist, gehören, *divortii causa* entwendet, so kommt auch dem Schwiegervater die *actio rerum amotarum* gegen die Schwiegertochter zu, weil er sich der *actio furti* gegen die Schwiegertochter so wenig, als der Mann gegen die Frau, bedienen kann, wie folgende Stelle beweist.

L. 6. D. h. t. PAULUS libro VII. ad Sabinum. Contra NURUM quoque SOCERO hoc iudicium dandum, ATILICINUS et FULCINIUS aiunt. §. 1. Quotiens FILIOFAMILIAS dos data est, SOCERUM ob res *divortii causa* amotas, *furti agere non posse*.

Gerhard Noodt ¹²⁾ bemerkt bey dieser Stelle sehr richtig, daß die L. 6. pr. in Verbindung mit dem §. 1. zu erklären sey. Denn die Worte: *Quotiens filiofamilias dos data est*, geben den Fall an, in welchem dem Schwiegervater die *actio rerum amotarum* zusteht, so wie die letzten Worte den Grund enthalten. Um dies

D. de iure fisci. Allein gleich nachher wird τοῦ Ἐναντιοφανοῦς bemerkt: Ἐνταῦθα μὲν ἀπροσδιοριστως εἰς τὸ τετραπλοῦν ὤρισεν ἐνάγεσθαι. ἐν δὲ τῷ α'. τιτ. τῆς δ'. Ἰνστιτουτίονος μετὰ προσδιορισμῶν τὸν φανερόν κλέπτην, εἰς τὸ τετραπλοῦν, τὸν τὲ ἀφανῆ εἰς τὸ διπλοῦν κατεδίκασεν, ὅπερ δεῖ καὶ ἐνταῦθα οὕτως νοεῖν. i. e. *Hic quidem indistincte definit in quadruplum condemnari. In primo autem titulo IV. Institutionum cum distinctione, manifestum quidem furem in quadruplum, nec manifestum autem in duplum condemnari, quod heic etiam intelligendum est.* Dies bestätigt nun die Erklärung der neuern Rechtsgelehrten.

12) Comment. ad Dig. h. t. §. *Igitur actio in fin.* pag. 530.

fer genauen Verbindung willen, meint daher Anton Faber ¹³⁾, müsse gelesen werden: *quoties ENIM, oder NAM quoties filiofamilias dos data est.* Die Basiliken ¹⁴⁾ haben jedoch nichts geändert, sondern stimmen hier mit den Pandecten vollkommen überein. Faber bemerkt auch selbst, daß die Röm. Juristen den Grund ihrer Meinung öfters, *non expressa rationis figura*, auszudrücken pflegen ¹⁵⁾. Anton Schulting ¹⁶⁾ meint, der Schwierigkeit könne vielleicht durch eine Interpunction abgeholfen werden. Er macht nämlich nach dem Worte *dandum* ein Punctum, und liest: *Atilicinus et Fulcinus aiunt, quotiens filiofamilias etc.* Der Grund der Entscheidung beruht übrigens nicht darin, weil Vater und Sohn, wegen des Bandes der väterlichen Gewalt, nach dem Civilrecht für eine Person gehalten werden, und zwischen solchen Personen keine *actio furti* statt findet, wie Roodt mit Verweisung auf den §. 12. *J. de obligat. quae ex delicto nascunt.* meint; sondern der wahre Grund, warum sich der Schwiegervater hier gegen die Schwiegertochter, ob *res divortii causa amotas*, der *actio furti* nicht bedienen kann, ist der, weil er nicht in seinem, sondern im Namen seines Sohnes klagt ¹⁷⁾. Der Sohn würde

13) De Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVIII. Err. 10.

14) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 6. pag. 424.

15) §. 8. L. 18. D. ad Sctum Trebell.

16) Notae ad Dig. seu Pand. edit. et animadversion. auct. a SMALLENBURG. Tom. IV. ad L. 6. h. t. pag. 362.

17) Diesen Grund führt auch der griechische Schollast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 432. Sch. h. an, wo er sagt: *ρῶτε δὲ ὅτι οὐ κινεῖ σοῦο νόμινε, ἐπειδὴν τὰς τῶν ἐπεζουσίων ἀγωγὰς οἱ πατέρες κινῶσι. i. e. Sic autem accipe, ut suo NOMINE non agat, quia parentes actio-*

aber, wenn er *sui iuris* wäre, die *actio furti* gegen seine Frau nicht anstellen können. Der Schwiegervater muß also die *actio rerum amotarum* gebrauchen, die dem Ehemanne gegen die Frau zusteht. Denn ist die *dos* dem Manne übergeben worden, der noch in väterlicher Gewalt ist, so hat der Vater das *periculum dotis*; gegen diesen kann daher auch *de dote restituenda* geklagt werden, wenn dem Sohne auch *non iussu patris* die *dos* in die Hände wäre gegeben worden, wie Ulpian¹⁸⁾ lehrt. Nicht der Sohn, sondern der Vater allein erwirbt also die Klage, welche dem Sohne zustehen würde, wenn er *sui iuris* wäre¹⁹⁾. Er stellt sie aber im Namen des Sohnes an.²⁰⁾

War der Mann zu der Zeit, als ihn die Frau heirathete, schon von der väterlichen Gewalt befreit, so hat es keinen Zweifel, daß wenn die Schwiegertochter ihren Schwiegervater bestiehlt, letzter gegen sie mit der *actio furti* im eigenen Namen klagen könne, wie Ulpian *libro XXXIV. ad Edictum* lehrt. Die daraus genommene *L. 15. §. 1. D. h. t.* lautet folgendermassen:

Uxor, et nurus, et pronurus, viro, et socero, et prosocero furtum facere possunt: furti autem non tenentur: nisi forte emancipatus sit filius: tunc enim nurus patri eius et furtum facit, et FURTI tenetur.

Const steht die Klage keinem Extraneus zu. Hat

nes liberis, quos in potestate habent, competentes movent.

18) *L. 22. §. 12. D. Soluto matrim.*

19) *L. 27. pr. D. de minorib. XXV. ann.*

20) *L. 8. §. 3. C. de bonis, quas liberis.*

also die Frau eine Sache des Mannes demjenigen entwendet, welchem sie der Mann geliehen hatte, und dieser mit der *actio commodati* belangt worden ist; so kann derselbe gegen die Frau die *actio furti* anstellen, wenn sich gleich der Mann dieser Klage gegen die Frau nicht bedienen kann. Hierher gehört die *L. 28. D. h. t.* welche aus **PAULUS libro VI. Quaestionum** genommen ist.

Si uxor rem viri ei, cui eam vir commoda-
verat, subripuerit, isque conventus sit; habebit
furti actionem ²¹⁾, quamvis vir habere non possit.

Justinian hat dieses in der *L. ult. §. ult. Cod. de furtis* nicht abgeändert, wie Franz Balduin ²²⁾ dafür hält. Denn in beyden Gesetzen ist von ganz verschiedenen Fällen die Rede, deren Entscheidung auf ganz verschiedenen Gründen beruht ²³⁾.

§. 1284. d.

Gegen Wen findet die *actio rerum amotarum* statt? In wiefern gegen die Erben? In wiefern noch gegen andere? Erläuterung der *L. 3. §. 4. D. h. t.*

Die *actio rerum amotarum* findet nicht nur gegen den Ehegatten statt, welcher entwendet hat, er sey die

21) In den *Basik.* Tom: IV, Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 28. pag. 429. heißt es: τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν εἰς τὸ διπλοῦν.

22) Justinianus. §. *Ut Justiniani constitutionem.* pag. m. 144. (in *Jurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 1096.)

23) S. *Jac. Cujacii* Commentar. in Libr. VI. Quaestion. Pauli, ad *L. 28. h. t.* (*Oper postumor.* a **FABROTO** editor. Tom. II. pag. 1091. in fin.) u. *Franc. RAGUILLI* Commentar. ad *Constitutiones et Decisiones Justiniani.* Lib. VI. ad §. ult. *L. ult. Cod. de furtis.* pag. 400. in fin.

Frau, oder der Mann, sondern auch gegen die Erben²⁴⁾. So wenig dieß an sich einigem Zweifel unterworfen ist, so sehr streitet man darüber, in wiefern die Klage gegen die Erben statt finde? Einige²⁵⁾ sagen, die *actio rerum amotarum* habe die Natur der *condictio furtiva*, und finde also, wie diese, gegen die Erben in *solidum* statt, sie mögen aus dem Delict reicher geworden seyn, oder nicht. Andere²⁶⁾ hingegen lassen die Klage

24) *S. Ger. Noodt* Comm. ad Dig. h. t. §. *Eadem ratione*. pag. 533.

25) *Ant. FABER* Conjecturar. iuris civ. Lib. IV. cap. 1. *Casp. SCHIFFORDEGHER* ad Anton. Fabrum. Lib. I. Tract. X. Qu. 2. et 3. pag. 69 — 73. *Jo. VOÏR* Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. in fin. *Jo. Ortwin. WESTENBERG* Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22. (in *RIUS operib. iurid.* a *JUNCIO* edit. Tom. II. pag. 399.) *Ferd. Christ. MÜLLER* Diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis, adversus heredes delinquentis in solidum competentibus, praes. *Ge. Henr. AXARRO* def. *Goettingae* 1752. 4. §. 22 — 25. *Jo. Lud. CONRADI* Jus civile e Digestis Imp. Justiniani. h. t. §. 17. *Gall. Aloys. KLEINSCHROD* Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wircob.* 1798. 4.) §. 12. pag. 30. *Hbr. Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 702. a. *E. von Wening*, *Jungenheim* Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 62. u. a. m.

26) *Jac. CUIACIUS* Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXI. libri V. Rerum amotar. circa fin. It. Comment. in libr. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. h. t. (*Oper. postum.* a *FABROTO* editor. Tom. I. pag. 305.) und *Observation.* Lib. VII. Cap. 37. *Hab. GYPHANIUS* Explanat. difficilior et celebrior Legg. Cod. Lib. V. ad L. ult. rerum amotar. nr. 4. pag. 457. *Ant. FABER* de erroribus Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 1. (two et

gegen die Erben nur insoweit zu, als sie durch das, was entwendet worden, bereichert sind. Beide Theile berufen sich auf Gesetze. Jene auf die L. 6. §. 4. D. h. t. wo Paulus (*libro VII. ad Sabinum*) sagt:

Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva.

Was hätte Paulus für einen Grund, die *actio rerum amotarum* mit der *condictio furtiva* zu vergleichen, wenn es nicht in der Beziehung geschehe, in welcher Ulpian L. 9. D. de *condict. furtiva* sagt:

In *condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur?*

Paulus bestätige dieses noch mehr an einem andern

seine frühere Meinung zurückgenommen, und die entgegengesetzte Meinung vertheidiget.) *Ger. NoODT Comm. ad Dig. h. t. §. An et heres eius?* (*Opp. Tom. II. pag. 533.*) *Petr. DUROSEMA Conjectural. iuris civ. (Groeningae 1714. 8.) Lib. I. cap. 8. pag. 131. sqq. Reinh. BACHOVIVS ECHT Tract. de Actionib. Disp. V. Th. 8. pag. 173. sqq. Jo. Jac. WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XLIX. Th. 5. pag. 510. Ulr. HUBER Praelect. iur. civ. sec. Institution. Justin. Lib. IV. Tit. 1. §. 17. et sec. Pand. h. t. §. 4. Sam. de. COCCENI iuris civ. contrav. P. II. h. t. Qu. unie. pag. 206. Christfr. WÄSCHLER Opus. iurid. philolog. pag. 584. sq. POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIV. pag. 79. Car. Christ. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 500. Christ. Aug. GÜTZNER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 443. THIBAUT System des Pand-Rechts 1. B. §. 466. u. a. m.*

Orte, libro XXXVII. ad Edictum, woraus die *L. et. D. h. t.* genommen ist, deren §. 5. also lautet:

Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet: et ideo non annofinitur, sicut et condictio furtiva.

Klagen aus Delicten, die nicht bloß persecutorisch sind, und nach einem Jahre erlöschen; hätten ja ohnehin schon gegen die Erben statt, soweit sie bereichert sind. Die Vergleichung wäre also ohne allen Zweck. Von der Gegenparthey wird sich auf die *L. ult. Cod. h. t.* berufen, wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgende massen rescribiren.

De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit: quod si res extant, domini vindicatione uti non prohiberis 27).

Diejenigen, welche die erste Meinung vertheidigen, suchen nun den Zweifel aus der ihnen entgegenstehenden *L. ult. Cod. h. t.* auf folgende Art zu heben. Sie sagen, daß Gesetz sey ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Rescripte seyen Entscheidungen über einzelne den Kaisern vorgelegte Rechtsfälle, deren besondere Umstände uns oft nicht bekannt sind. Sie müßten also im Zweifel immer den Regeln des gemeinen Rechts gemäß erklärt werden. Nach diesen könne man nun die *L. ult. C. Rer. amot.* auf zweyerley Art erklären. Erstens so, daß wenn der Erben mehrere sind, nicht jeder auf das

27) Die Elzevirischen Ausgaben, Amsterdam 1663. und 1681. B. lesen unrichtig, *dominii vindicatione uti prohiberis.*

Ganze, sondern nur nach dem Verhältniß des Antheils, den er von der Erbschaft erhalten hat, belangt werden könne, so wie es bey der *condictio furtiva* ist 28). Zweytens so, daß wenn man auch die *L. ult.* von einer Bereicherung der Erben aus dem Delict ihres Erblassers verstehen will, der Sinn dahin gehe, daß ein jeder der Erben nur für das hafte, was von den *rebus amotis* auf ihn gekommen ist. Nach dieser Erklärung könne denn ein Erbe, der in Rücksicht der Erbschaft nur *heres ex parte* ist, doch zuweilen auf das Ganze belangt werden, wenn er das Entwendete allein in Händen hat. Dahin gegen könne die *L. ult.* auf keine Weise so verstanden werden, als ob die Erben weiter nicht haften dürften, als in so weit sie aus dem Delict bereichert sind, und folglich in dem Falle gar nicht belangt werden könnten, wenn aus dem Delict nichts auf sie gekommen ist. Denn darüber bestimme die *L. ult.* nichts; sondern sie entscheide nur darüber, wie diese Klage gegen die Erben anzustellen sey. Sie setze also den Fall voraus, daß mehrere Erben vorhanden sind. Diese sind nun entweder bereichert, oder nicht. Im ersten Falle hafte jeder für den Theil, den er von den entwendeten Sachen erhalten habe. In dem letzten aber hafte jeder nach dem Verhältniß seines Erbtheils. Sollte jedoch keine von beyden Erklärungen gefal- len, so wird noch eine dritte in Vorschlag gebracht 29). Das Gesetz spricht von *successoribus uxoris*. Nur sey aber keine Nothwendigkeit vorhanden, daß man darunter gerade die Erben der Frau verstehe. Es können ja auch andere Successoren seyn. Man denke sich den Bas-

28) *L. 9. D. de condict. furt.*

29) S. MÜLLER Diss. cit. praes. *Ayrero* def. §. 25. pag. 38.
Glücks Erläut. d. Pand. 28. Th.

ter bey der dos profectitia, oder einen Dritten, dem die dos vermöge Vertrags ist restituirt worden. Auf diese Art stehe wieder die *L. ult.* mit der *L. 3. §. ult. D. h. t.* so wie mit der *L. 9. D. de condict. furt.* im schönsten Einklange.

Diesem hingegen, welche die andere Meinung behaupten, antworten auf die für die erste angeführten Gesetze auf sehr verschiedene Art. Cujaz glaubt, auch die *condictio furtiva* gehe nicht gegen den Erben auf das Ganze, sondern nur darauf, was er vom *furtum* erhalten hat, und die *L. 9. D. de cond. furt.* sey bloß von dem Falle zu verstehen, *si lis cum fure contestata fuerit*. Allein diese Meinung ist offenbar ungegründet, und widerspricht der *L. 7. §. 1. D. de condict. furtiva*. Es ist auch davon, ob die *condictio furtiva* schon angestellt, oder noch anzustellen sey, gar keine Rede. Mit Recht ist daher diese Meinung von allen ³⁰⁾ verworfen worden. Andere sagen, es sey zwar nicht zu läugnen, daß die *actio rerum amotarum* und die *condictio furtiva* in vielen Stücken einander ähnlich seyen; daher die Vergleichung beyder Klagen. Aber gerade darin seyen beyde unterschieden, daß die *condictio furtiva* gegen die Erben in *solidum*, die *actio rerum amotarum* aber gegen dieselben nur in so weit statt finde, als sie bereichert sind. Der Grund dieses Unterschiedes sey, weil man es für sachgemäß gehalten, *propter honorem matrimonii, licet iam soluti*, gegen die Erben des Ehegatten gelinder, als gegen die Erben des Diebes, zu verfahren.

30) *S. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 5. 8. 9. et 10. ВАСНОВ Tr. de Actionib. Diss. IV. Th. 21. und GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. Rer. amotar. pag. 455. sqq.*

Die Regel, daß die actiones ex delicto rei persecutoriae gegen die Erben des Delinquenten auf das Ganze gehen, sey auch nicht allgemein wahr. Man denke an die actio in factum de alienatione iudicii mutandi causa facta³¹⁾. Ueberdem habe Paulus in der L. 6. §. 4. h. t. der condictio furtiva nur im Vorbeygehen gedacht, als er den Satz aufstellte, daß auch der Erbe der Frau mit der actio rerum amotarum belangt werden könne, ohne die Absicht gehabt zu haben, dieses genauer aus einander zu setzen. Die L. ult. C. h. t. sey also die entscheidende Stelle. Der wahre Grund sey, welchen Paulus in der L. 21. §. 5. D. h. t. anführt, nämlich der, quod actio rerum amotarum ex delicto nascatur, pendet enim, wie er §. 6. sagt, ex furto. Es hätten also die Kaiser Diocletian und Maximian ganz dem Grundsatz gemäß rescribirt, den sie selbst in der L. un. C. Ex delictis defunctorum in quantum heredes convenientur als einen Grundsatz ausgesprochen haben, welcher iuris absolutissimi sey, nämlich successores ex delicto defuncti non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, conveniri, ne alieno scelere ditentur. Die Worte: vel aliquid deliquit, in diesem Gesetz, so wie die ganz allgemeine Fassung desselben, widerlegten auch den Irrthum derjenigen hinlänglich, welche dieses Gesetz bloß auf Pönalklagen einschränkten³²⁾. Der Grund, den Faber³³⁾ anführt, warum die actio rerum amotarum gegen die Erben nicht auf das Ganze

31) L. 4. §. 6. L. 5. L. 6. et L. 7. D. de alienat. iud. mut. causa facta.

32) G. BACHOVII Tract. de actionib. Disp. V. Th. 4.

33) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 1. und Decad. XCII. Err. 8.

gehe, nämlich, weil diese Klage eine *actio arbitraria* sey, ist mit Recht verworfen worden ³⁴⁾.

Dies ist der gegenwärtige Stand der vorliegenden Streitfrage. Ich habe mich in einem der früheren Bände dieses Commentars ³⁵⁾ zwar für die erste Meinung erklärt, ich sehe aber nun bey reiflicherem Nachdenken lebhaft ein, daß keine einzige der Erklärungen haltbar ist, womit man bisher die ihr entgegenstehende *L. ult. C. h. t.* zu beseitigen gesucht hat. Denn die erste Erklärung, daß die Erben des verstorbenen Ehegatten für das Entwendete nicht ganz, sondern nur nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile haften dürften, streitet gegen allen juristischen Sprachgebrauch. Gerade dann, wenn die Gesetze bey Erben das in *Solidum* dem *quantum ad eos pervenit*, entgegensetzen, ist von einem Verhältniß ihrer Erbtheile kein Gedanke. Im Gegentheil heißt gerade das in *solidum* bey der Verpflichtung der Erben, als Erben, soviel, als *unusquisque pro ea parte tenetur, qua heres est*, wie *Ulpian L. 157. §. 2. D. de div. Regulis iuris* lehrt. Er unterscheidet davon ausdrücklich das *tantum in id, quod pervenit*, und bezieht dieses bloß auf die Verpflichtung der Erben *ex delicto defuncti*. So geschieht dieses durchgehends ³⁶⁾. Selbst in der *L. 9. D. de condict. furt.* wird die Verpflichtung *pro parte, quae pervenit ad heredes*, von der *pro ea parte, qua*

34) Влочно. Tract. cit. Diss. V. Th. 8.

35) С. den 13. Th. §. 839. С. 233.

36) С. L. 5. D. de calumniator. L. 17. 18. 19. et 20. D. Quod metas causat. L. 26. D. de dolo malo. L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. pr. et §. ult. L. 9. D. de vi et vi armata. L. 7. §. 1. D. Depositi. L. 38. D. de div. Reg. iuris.

quisque heres est, genau unterschieden. Daß in quantum ad eos, sc. successores, pervenit kann also in der *L. ult. C. rer. amotar.* keinen andern Sinn haben, als den, soweit die Erben des verstorbenen Ehegatten durch das von ihm Entwendete bereichert sind. So erklärt auch Gajus 37) das in quantum ad heredem pervenit; id est, sagt er, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit. Und daß auch in unserm Gesetz die Worte: in quantum ad eos pervenit, hier keine andere Bedeutung haben, bestärkt noch mehr der griechische Scholiasist 38), wenn er sagt:

Εγνως και άλλας πολλὰς ἀγωγὰς, ἐξ ὧν οἱ κληρονόμοι εἰς ὅσον ἐκέρθανον μόνον ἐνάγονται. i. e. Didicisti etiam plerasque alias actiones, quibus heredes conveniuntur in id tantum, quod lucrifecerunt.

So stimmt denn auch alles mit der *L. un. Cod. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur* vollkommen zusammen.

Die andere Erklärung der *L. ult. C. h. t.* anlangend, nach welcher in dem Falle, da der Erben des verstorbenen Ehegatten mehrere, und diese durch die Entwendung ihres Erblassers bereichert sind, nicht einer auf das Ganze allein, sondern jeder nur auf den Antheil solle belangt werden können, den er von den entwendeten Sachen erhalten hat, damit nicht ein Erbe weiter hafte, als soweit er bereichert ist; so lassen sich freylich für diese Erklärung Gesetze anführen, in welchen gesagt wird, daß mehrere

37) *L. 26. D. de dolo malo.* S. BRISSONIUS de Verbor. iris Significat. Verb. Pervenire. pag. 1052.

38) *Basilic. Tom. IV. pag. 441. Schol. e.*

Erben, welche durch die unerlaubte Handlung ihres Erblassers bereichert sind, nicht weiter belangt werden können, als soweit jeder derselben etwas davon erhalten, und in Händen hat. Denn so sagt z. B. Ulpian *L. 1. §. ult. D. de vi et vi armata*, die *ex causa Interdicti de vi* gegen die Erben gestattete *actio in factum* gehe zwar nur auf dasjenige, *quod ad eos pervenit*; dieses sey aber, sagt Paulus *L. 9. D. eodem* so zu verstehen, *ut, si plures heredes sunt, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenit, teneatur. Quae de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit.* Allein wäre dieses die Meinung der Kaiser in der *L. ult. C. h. t.* gewesen; so hätten sie sich wohl deutlicher ausgedrückt. Sie hätten sagen müssen, *contra successores eius non in solidum, sed quantum ad unumquemque pervenit.* So wie aber die Worte gefaßt sind, fällt es in die Augen, daß die Kaiser von den Erben überhaupt sprechen. Von einzelnen Erben, und deren Verpflichtung ist gar keine Rede. Das Gesetz kann also auch nicht von einer Theilung der Klage gegen die einzelnen Erben erklärt werden, sondern es ist von einer Verpflichtung der Erben überhaupt zu verstehen, denn es bestimmt, wie weit sie aus der Amotion ihrer Erblasserinnen haften, und stimmt ganz mit dem Grundsatz der *L. un. C. Ex delictis defunctorum* überein, wovon in dem Rescript der *L. ult. C. h. t.* nur die Anwendung gemacht worden ist. Denn daß in *solidum* wird dem, in *quantum ad eos pervenit*, hier eben so, wie in jener *L. un.* entgegengesetzt. Die Entscheidung der *L. ult.* ist also ganz der Regel der *L. un. C.* gemäß, nach welcher *actiones ex delictis defunctorum* gegen die Erben nur in so

weit Statt finden, als sie dadurch bereichert sind ³⁹⁾. Die dritte Erklärung hat noch weniger Grund. Denn der Ausdruck *successores* bezeichnet hier eben so, wie in der *L. un.* Erben und Nachfolger. Es wäre auch in der That höchst räthselhaft, wenn die Kaiser von solchen Successoren hätten verstanden seyn wollen, die von den Erben verschieden sind, ohne sie näher zu bezeichnen, zumal da die Geseze in andern Fällen bey Klagen aus Delicten keinen Unterschied zwischen *heredes* und andern *successores* machen ⁴⁰⁾. Halten wir uns nun aber an die *L. ult. C. h. t.* als das entscheidende Gesez, wie soll der Schwierigkeit aus der *L. 6. §. 4. D. h. t.* abgeholfen werden, wo Paulus sagt: *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictiois nomine ex causa furtiva?* Hier vergleicht ja Paulus unsere Klage mit der *condictio furtiva*, von welcher Ulpian sagt *L. 9. D. de condict. furt. heredes in ea non pro parte, quas pervenit, sed in solidum teneri.* Daß Paulus von der *actio rerum amotarum* handele, ist keinem Zweifel unterworfen, denn er nennt sie in dem vorhergehenden §. 3. *rerum amotarum iudicium.* Schon Petrus Dursfema ⁴¹⁾ kam auf den glüklichen Gedanken, Paulus rede hier nur davon, mit welcher Klage der Erbe der Frau *propter res ab ea amotas* zu belangen sey, und hier habe er zwey Klagen genennt, die *actio rerum amotarum*, und die *condictio furtiva*. Wie weit der Erbe aber hafte, ob *in solidum*, oder *quatenus per-*

39) S. Pet. DURSSEMA *Coniecturalium iuris civ. Lib. I. Cap. 7. (Groeningae 1714. 8.)*

40) *L. 16. §. 2. D. Quod met. causa. L. 7. §. 2. in fin. D. de condict. furtiva. L. 2. §. 27. D. Vi bonor raptor.*

41) *Coniectural. iuris civ. Lib. I. cap. 8. pag. 141. sq.*

venit, habe er hier dahingestellt seyn lassen. Er erlaubt sich daher eine kleine Versetzung der Worte. Paulus, meint er, müsse so gelesen werden: *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur conditionis nomine, sicut ex causa furtiva.* Christfr. Wächtler ⁴²⁾ verwirft zwar diese Emendation; allein sie hat die Auctorität der Basiliken, und der griechischen Scholiasten für sich, von denen hier noch Niemand Gebrauch gemacht hat. In den Basiliken ⁴³⁾ heißt es nämlich:

Καὶ ὁ κληρονόμος τῆς γυναικὸς αὐτῇ τῇ ἀγωγῇ ἐνάγεται, ὡς καὶ τῇ ἀγωγῇ τῇ απαιτοῦση τὸ διπλοῦν ὑπὲρ τοῦ κλαπέντος πράγματος τῷ ἀπαιτοῦντι κλαπέν.

Und Cyrillus sagt in den Scholien ⁴⁴⁾: κληρονόμοις καὶ κατὰ κληρονόμων ἀρμόττει αὐτῇ ἡ ἀγωγή, καὶ ὁ φορτίβος κονδικτικίος.

So wäre denn auf einmal alle Schwierigkeit gehoben. Das Canonische Recht enthebt uns übrigens der ganzen Controvers. Nach demselben haften nämlich die Erben aus den Delicten ihrer Erblasser ohne Unterschied, sie mögen dadurch bereichert seyn, oder nicht, bis auf den Bestand der Erbmasse ⁴⁵⁾.

42) Opusc. iurid. philolog. pag. 584. sq.

43) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. VI. §. 2. pag. 424.

44) Tom. IV. pag. 432. Sch. i.

45) *Can. 3. Caus. XVI. Qu. 6. Cap. 14. X. de sepultur. Cap. 5. X. de Raptorib. Cap. 9. X. de usuris. Cap. 28. X. de Sentent. excommunicat. S. Fernand. Vasquius illustr. controversiar. Lib. III. Cap. 96. nr. 27. pag. 826. Ant. Gomez Variar. Resolution. Lib. III. Cap. 1. nr. 85. Reinh. Vasconius Tr. de Actionib.*

Ist der Ehegatte, welcher entwendet hat, noch unter väterlicher Gewalt, so hat der Bestohlene bey Lebzeiten des Entwenders die Wahl, ob er gegen diesen die actio rerum amotarum, oder gegen den Vater die actio de peculio anstellen will. Die letztere ist aber hier nur eine actio utilis, weil die actio directa nur aus erlaubten Geschäften gegen den Vater angestellt wird ⁴⁶). Sie findet also gegen ihn nur insoweit Statt, als er aus der Entwendung bereichert ist ⁴⁷), dahingegen die actio rerum amotarum gegen den Ehegatten auf das Ganze geht ⁴⁸). Klagt jedoch der Vater mit Einwilligung der Tochter auf die Zurückgabe des Heyrathsguts, so findet die Klage ge-

Disp. V. Th. 4. §. Haec licet. pag. 170. und Gall. Aloys. KLBINSCHEID Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

- 46) L. 5. D. h. t. PAPINIANUS libro XI. Quaestion. Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili iudicio petendum est. S. Jac. CUVACIUS ad h. L. (Oper postumor. Tom. I. pag. 308.) Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVIII. Err. 7. läugnet zwar, daß es eine actio de peculio utilis gebe, und erklärt diese L. 5. von dem iudicio rerum amotarum utili. Allein der ganze Streit ist de lana caprina. Denn schon BACHOVIVS in Tr. de Actionibus Diss. V. Th. 9. pag. 177. hat sehr richtig bemerkt, daß es gleichviel sey, ob man sagt, gegen den Vater habe utile iudicium rerum amotarum oder die actio de peculio utilis statt, weil die actio de peculio keine separata et per se existens actio ist, sondern nur eine qualitas und adiectio actionis rerum amotarum bezeichnet. Man vergleiche auch POTHIER Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XV. not. f.

47) L. 3. §. 12. in fin. D. de peculio.

48) L. 39. D. de Obligat. et actionib.

gen den Mann anders nicht Statt, als wenn der Vater Caution geleistet hat, daß er die Tochter wegen der dem Manne entwendeten Sachen in solidum vertreten wolle. Nach dem Tode der Tochter findet gegen den Vater die *actio rerum amotarum* nur noch insoweit Statt, als er bereichert ist. Hierher gehört die Stelle aus des Paulus *Libro VII. ad Sabinum*; es ist die L. 3. §. 4. D. h. t. welche folgendermassen lautet:

Si filiafamilias res amoverit, MELIA, FULCINIUS aiunt, *de peculio* dandam actionem: quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem⁴⁹⁾. Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfatione defendat: sed mortua filia, in patrem *rerum amotarum actionem* dari non oportere. PROCULUS ait: nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.

Die Frage, welche hier Paulus entscheidet, ob die *actio de peculio* gegen den Vater Statt finde, wenn die Frau, welche ihren Mann bestohlen hat, noch in der väterlichen Gewalt ist? scheint unter den ältern Römischen Juristen streitig gewesen zu seyn, wie auch Cujaz⁵⁰⁾ und Anton Faber⁵¹⁾ glauben. Das Verufen des Paulus

49) Haloander liest hier, ganz abweichend von allen übrigen Ausgaben, — aiunt, et de peculio in patrem, quia displicuit eam furti obligari, et in ipsam, ob res amotas, dari actionem.

50) Comment. ad Papinian. L. 5. D. h. t. (*Opera postum.* Tom. I. pag. 307. sq.)

51) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 10.

auf die Auctorität eines Mela und Fulcinius machen dieses nicht unwahrscheinlich. Es stand allerdings ein wichtiger Zweifelsgrund ihrer Meinung entgegen, nämlich der, daß die *actio rerum amotarum* aus einem Delict entspringt: *pendet enim ex furto*, sagt Paulus *L. 21. §. 5. D. h. t.* Die *actio de peculio* hingegen hat nur aus Contracten und erlaubten Geschäften gegen den Vater Statt⁵²⁾. *Ex poenalibus causis*, sagt Ulpian *libro II. Disputationum*⁵³⁾, *non solet in patrem de peculio actio dari*. Für die bejahende Meinung schien jedoch der Grund überwiegend zu seyn: *quia displicuit eam furti obligari*. Entspringt also auch die *actio rerum amotarum* aus einem Delict, so ist sie doch keine Pönalklage. *Hac igitur ratione*, sagt Gerh. Noodt⁵⁴⁾, *rem perinde acceperunt, ac si actio rerum amotarum magis sit ex negotio gesto, quam ex delicto, eoque in peculium conditionem admittat, quatenus ad patrem pervenit*. Dieser Meinung stimmte auch Julian bey, wie Paulus *libro III. ad Neratium*⁵⁵⁾ sagt:

IULIANUS ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem conditionem in peculium respondit.

Petrus Faber⁵⁶⁾ hält jedoch die Lesart unserer

52) *L. 1. §. 7. D. de his, qui effuder. vel deiecer.*

53) *L. 58. D. de div. Reg. iuris.*

54) *Commentar. ad Dig. h. t. §. Eadem ratione. (Oper. Tom. II. pag. 533.)*

55) *L. 19. D. de condict. furt.*

56) *Semestrium Lib. I. Cap. 24. pag. 161. sq. (Genevae 1660.)*

L. 3. für fehlerhaft. Er meint nämlich, der von Paulus angeführte Grund: *quia displicuit eam furti obligari*, passe nicht auf die *actio de peculio*, die gegen den Vater gebraucht werden kann, weil der Vater schon nach gemeinen Recht *ex furtiva causa* des Sohns mit der *actio de peculio* belangt werden könne, wenn das *peculium* dadurch bereichert worden ist⁵⁷⁾. Der angeführte Grund beziehe sich vielmehr auf die *actio rerum amotarum*, mit welcher die Tochter selbst belangt werden kann. Denn das beruhe auf einem besondern Rechte, daß sie nicht *actione furti* belangt werden kann, ob sie sich gleich eines *furti* schuldig gemacht hat. Es sey also hier eine Übersetzung der Worte nöthig, vermöge welcher nun diese Stelle folgendermassen gelesen werden müsse:

Si filiafamilias res amoverit, Mela et Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, vel in ipsam ob res amotas dari actionem, quia displicuit eam furti obligari.

Ober auch so: *de peculio dandam actionem, VEL, quia displicuit eam furti obligari, in ipsam ob res amotas dari actionem.*

Diese letzte Emendation billigt auch Anton Schulting⁵⁸⁾. Allein Cujaz⁵⁹⁾ und Anton Faber⁶⁰⁾ verwerfen sie. Cujaz meint, der Grund sey mit Fleiß in

57) L. 3. §. 12. D. de peculio. Pet. FABER Semestrium Lib. I. cap. 12.

58) Notae ad Dig. seu Pandect. a SMALLENBURG edit. Tom. IV. ad h. L. 3. §. 4. pag. 361.

59) Comment. in Lib. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. h. t. (*Opp. postamor.* Tom. I. pag. 307.)

60) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVIII. Err. 5.

die Mitte gesetzt, weil er zu beyden Klagen gehört; er sey der nämliche, es möge gegen die Tochter die actio rerum amotarum, oder gegen den Vater die actio de peculio angestellt werden. Denn könnte die Tochter furti belangt werden, so hätte gegen den Vater ex poenali causa die actio de peculio nicht Statt ⁶¹⁾. Wollte man jener Emendation Beyfall geben, fügt Anton Faber noch hinzu, so würde zur Bestärkung der Meinung des Mela und Fulcinius gar kein Grund angeführt seyn, der doch hier nöthiger war, als bey der actio rerum amotarum gegen die Tochter. Denn daß die actio rerum amotarum gegen die Frau, welche divortii causa Sachen dem Manne entwendet hat, als ein besonderes Recht eingeführt sey, quia non placuit cum ea furti agere posse, hatte ja Paulus schon vorher gesagt, L. 1. D. h. t. welche aus demselben libro VII. ad Sabinum, wie die L. 3., genommen ist. Wozu brauchte also dieses bey derselben actio rerum amotarum noch einmal gesagt zu werden? Aber daß Mela und Fulcinius behaupteten, es finde deshalb auch die actio de peculio gegen den Vater Statt, wenn die Frau noch in der väterlichen Gewalt ist, dieß mußte, weil es zweifelhaft war, mit einem entscheidenden Grunde unterstützt werden.

Dennoch haben nachher Bachov ⁶²⁾ und Bed ⁶³⁾ die Emendation des Petrus Faber aufs neue zu vertheidigen gesucht. Bed meint, daß auch die Basis

61) L. 58. D. de divers. reg. iuris.

62) Tr. de Actionib. Disp. V. Th. 9. pag. 175.

63) Disp. de Fabio Mela Icto eiusque fragmentis, praes. Christ. Gottl. Hausboldo def. Lipsiae 1806. §. 20.

liken dieselbe bestätigten. In den Basiliken⁶⁴⁾ heiße es nämlich:

Εάν ὑπεζουσία ἐστὶν ἢ ὑφελομένη, ὁ πατὴρ ἐνάγεται τῇ περὶ πεκουλίου ἀγωγῇ, καὶ αὐτῇ τῇ περὶ ἀφαιρέσεως πραγμάτων ἀγωγῇ. d. h. *Si filiafamilias sit, quae res amovit, pater actione de peculio conuenitur, et ipsa rerum amotarum actione.*

Allein diese Stelle kann nun schon darum zur Bestärkung nicht dienen, weil gerade der Grund, über dessen Maß gestritten wird, hier gar nicht erwähnt ist. Dagegen bestärken vielmehr die griechischen Scholien die Lesart unsers *Corporis iuris*. In diesen⁶⁵⁾ ist unsere Stelle wörtlich so übersetzt:

Εάν ὑπεζουσία γυνὴ πράγματα τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς ἀποκινήσῃ, τινὲς ἔλεγον τὴν δὲ πεκουλίῳ δίδουσαι κατὰ τοῦ πατρὸς αὐτῆς, ἐπειδὴν ἀπῆρσεν κινεῖσθαι κατ' αὐτῆς τὴν φούρτι, ἢ τὴν ῥερούμ ἀμοτάρου. i. e. *Si uxor, quae filiafamilias est, mariti sui res amoverit, quidam dicebant, de peculio dandam actionem adversus patrem eius, quia displicuit adversus eam furti agi, vel in ipsam rerum amotarum dari actionem.*

Alles dieses findet nun auch in dem umgekehrten Falle Statt, wenn der Mann noch in väterlicher Gewalt ist, und dieser Sachen der Frau entwendet hat. Hier kann gegen den Mann mit der *actio rerum amotarum* auf das Ganze, gegen den Vater aber mit der *actio de peculio utilis* in so weit geklagt werden, als das *Peculium* dadurch bereichert worden ist, wie ebenfalls Paulus

64) Tom. IV. pag. 423.

65) Tom. IV. pag. 451. Sch. c.

libro VII. ad Sabinum sagt. Es gehöret hierher die *L. 6. §. 2. D. h. t.*

Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium, si filiusfamilias maritus sit, utrum de peculio, an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus, quae de *filiafamilias* diximus.

Der Bereicherung wird es jedoch gleichgeachtet, wenn der Vater sich vorsätzlich des Besitzes der entwendeten Sachen entäußert hat, wodurch das Peculium hätte bereichert werden können, wie Pomponius *Libro XVI. ad Sabinum* sagt. Es ist die *L. 4. D. h. t.* wo es heißt:

Dolove malo fecerit, quominus ad eum pervenerit.

§. 1284. e.

Worauf geht die actio rerum amotarum?

Die actio rerum amotarum entspringt zwar aus einem Delict, pendet enim ex furto, sagt Paulus⁶⁶⁾; sie ist aber doch weder eine actio poenalis, noch famosa⁶⁷⁾; sondern geht, wie die *condictio furtiva*, bloß auf Persecution der entwendeten Sachen, und zwar auf Restitution der noch vorhandenen in Natur, und Vergütung des Werths der nicht mehr in Natur vorhandenen, sie seyen nun entweder bey dem Entwender zu Grunde gegangen, oder von ihm verzehret, oder veräußert, oder verschenkt worden; bey deren Schätzung auf den Werth gesehen wird, den die Sachen zur Zeit ihrer Entwendung hatten, wie aus folgenden Gesetstellen erhellet.

66) *L. 211 §. 6. D. h. t.*

67) *L. 2. Cod. h. t.*

L. 21. §. 5. D. h. t. PAULUS libro XXXVII. ad Edictum. Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet: et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva.

L. 17. §. 2. D. h. t. ULPIANUS libro XXX. ad Edictum. Non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum iudicium venire, JULIANUS ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desiderunt⁶⁸⁾: simili modo etiam certi condici eas posse⁶⁹⁾ ait.

L. 3. §. 3. D. h. t. PAULUS libro VII. ad Sabinum. Item verum est, quod OFILIUS ait, etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit, rerum amotarum iudicio contineri.

L. 29. D. h. t. TRYPHONINUS libro XI. Disputationum. Rerum amotarum aestimatio ad tempus, quo amotae sunt, referri debet: nam veritate furtum fit, etsi lenius coërcetur mulier. Quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur.

Wenn jedoch hier gesagt wird, es sey bey der Schätzung der entwendeten Sache auf die Zeit zu sehen, da die Entwendung geschah; so ist dieses so zu nehmen, wenn sich etwa nachher der Werth der Sache vermindert haben

68) In den Basilic. Tom. IV. pag. 426. heißt es: καὶ τοῖς φθαρμένοι. und in den Scholien pag. 435. Sch. a. ἀλλὰ καὶ τὰ φθαρέντα. i. e. sed etiam eae, quae interierunt.

69) L. 9. pr. D. de reb. cred.

solte 70). Denn sollte die Sache nachher einen größern Werth erhalten haben, als sie zur Zeit der Entwendung hatte; so muß dieser erhöhte Werth hier eben so, wie bey der *condictio furtiva* 71), vergütet werden, *quia videtur, qui primo invito domino rem contrectavit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere*, wie Tryphoninus an einem andern Orte 72) sagt. Daß dieses aber bey der *actio rerum amotarum* eben so sey, sagt Tryphonin in der angeführten *L. 29. h. t.* ausdrücklich:

Sed si pluris factae non restituuntur, quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei 73).

Wird die Herausgabe der Sache von dem Entwender, der sie noch hat, und zurückgeben kann, vorsehlich verweigert, so kann der Kläger den Werth derselben durch seinen Eid bestimmen, weil es unbillig wäre, denselben zu nöthigen, daß er wider seinen Willen seine Sachen um den gemeinen Preis dem Gegner verkaufen solle. Hat

70) *S. Barth. CRESIUS Different. iuris Cap. 50. n. 2. (in Jurisprud. Rom. et Attic. Tom. II. pag. 780.) und Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad L. 29. h. t.*

71) *L. 8. §. 1. D. de condict. furt. S. Jo. VAN DE WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4.*

72) *L. 20. D. de condict. furt. S. Ant. Dad. ALTEBERRA Recitation. in Claud. Tryphonini libros Disputation. ad h. L. (Oper. accurante MICHAEL MAROTTA Neapoli 1776. sqq. 4. editor. Tom. VIII.)*

73) *S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 3. et Decad. LXXX. Err. 2. Idem Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 11. und Ant. SCHULTING No-*

jedoch der Entwender den Werth der Sache, den der Kläger beschworen hat, bezahlt; so wird dieses als ein Kauf angesehen⁷⁴⁾. Ein Versprechen wegen der Eviction kann jedoch nicht gefordert werden, weil er die Sache auf eine rechtswidrige Art sich zu verschaffen gesucht hat. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 8. §. 1. *D. h. t.* POMPONIUS libro XVI. ad Sabinum. SABINUS ait, si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari debere, quanti in litem iurasset.

L. 9. *D. eodem.* PAULUS libro XXXVII. ad Edictum. Non enim aequum est, invitum suo pretio⁷⁵⁾ res suas vendere.

tae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad L. 29. h. t. pag. 368.

74) L. 1. et 3. *D. pro emtore.*

75) *Suo pretio* heißt hier soviel als iusto pretio, wie es auch L. 70. *D. de Rei vind.* ausgedrückt wird. Eben so wird es auch L. 8. *D. de in litem iurando* erklärt. Non est aequum, sagt Marcellus libro VII. Digestor. PRETIO, id est, quanti res est; litem aestimari: cum et contumacia punienda sit, et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit: potestate petitor; in litem iurandi concessa. Anders haben auch die Griechen das *suo pretio* nicht verstanden. Denn in den Basilic. Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 9. pag. 425. heißt es: Οὐ γὰρ ἐστὶ δίκαιον αὐτὸν ἀκοντα πωλῆσαι τὸ ἴδιον ὅσον ἐστὶν ἀξιον. i. e. quanti res pretii est; und der griechische Commentar sagt Sch. o. p. 433. οὐδὲ γὰρ δίκαιον ἐστὶ τῆς δικαίας τιμῆς μόνης ἀκοντα τὸν ἄνδρα πιπράξεν τὰ ἴδια πράγματα. i. e. non enim aequum est, JUSTO TANTUM PRETIO invitum maritum vendere suas res. Man vergleiche noch L. 25.

L. 10. D. eodem. POMPEONIUS libro XVI. ad Sabinum. Ideoque nec debere eum pro evictione promittere: quod ex contumacia mulieris id ita acciderit.

Da der Entwender, wenn er den Werth der Sache einmal bezahlt hat, als Käufer betrachtet wird, so kann er sich auch, wenn der bestohlene Ehegatte oder desselben Erbe nachher die Sache vindiciren wollte, mit der exceptio rei venditae schützen. Er kann sich auch einer actio in rem z. B. der actio Publiciana bedienen, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 22. D. h. t. JULIANUS libro XIX. Digestorum. Si propter res amotas egero cum muliere, et lis aestimata sit: an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo adquisiit possessionem. Respondi, qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est: ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem

§. 1. D. Solutio matrimonii. Die von Dionys. GOTHOFREDUS ad L. 9. not. a. gemachte Bemerkung: Pro suo pretio forte legendum est: non suo; zeugt daher von einem offenbaren Mißverständnis des Gesetzes. S. Jac. CUVACII Comm. in libr. XXXVII. Pauli ad Edictum ad L. 9. D. h. t. (in Opp. postum. Tom. II. pag. 603.) Desid. HERALDUS Observ. et Emendation. libr. Cap. 26. (in Thes. I. Rom. Otton. Tom. II. pag. 1343.) Jo. Guil. MARCKART Interpretation. receptor. iuris civ. Lectiqn. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 298. sq. u. Theod. Jo. Alex. PAGENSTECHER Specim. de violentis emendationib. in Jure civ. non admittendis. Cap. 3. p. 111. sqq.

maritum, vel heredem mariti exceptionem habet: et si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est ⁷⁶).

Auch der Gewinn kommt bey der Schätzung der entwendeten Sachen in Anschlag, der dem bestohlenen Ehegatten durch die Entwendung seiner Sachen entzogen worden ist.

L. 21. §. 4. D. h. t. PAULUS libr. XXXVII. ad Edictum. Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est.

Da die actio rerum amotarum aus einem Delict entspringt, so kann hier von einer den Ehegatten sonst zustehenden Competenz Wohlthat keine Rede seyn, wie auch Paulus L. 21. §. 6. D. h. t. ausdrücklich bemerkt:

Nec viro, nec mulieri prodest in hoc iudicio, si facere non possunt; pendet enim id ex furto ⁷⁷).

§. 1284. f.

Beweisführung bey dieser Klage.

Der Kläger kann sich, wenn es ihm an andern Beweismitteln fehlt, oder auch, wenn es ihm sonst gefällt, der Eides Delation bedienen, aber nur gegen den Ehegatten, der ihn bestohlen hat. Wird gegen einen Andern,

76) S. Jac. CUSACII Commentar. in libr. XIX. Digestorum Salvii Juliani ad L. 22. h. t. (in *Opp. postum.* a FABRO edit. Tom. III. pag. 136. sq.) und B. VOORDA Thes. controversar. Decad. XIV. Th. 10.

77) Man vergleiche auch die L. 52. D. de re iudicata, wo Tryphonin sagt: Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, IN SOLIDUM condemnari debet: quoniam ex male contractu et delicto oritur.

z. B. gegen den Vater, oder gegen den Erben desselben geklagt, so findet der Eides-Antrag nicht Statt, weil es für unbillig gehalten wird, daß Jemand über eine fremde Handlung schwören soll. Daher ist auch hier die Zurück-schiebung des Eides nicht zulässig. Der Kläger, der den Eid deferirt, muß jedoch zuvor den Eid gegen Gefahrde schwören. Dann darf aber auch der Beklagte den Eid nicht ablehnen, wenn er nicht für geständig erklärt werden will. So lehrt Ulpian *libro XXXIII. ad Edictum*, woraus die L. 11. §. 1. h. t. genommen ist.

Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare, nihil divortii causa amotum esse: dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert.

§. 2. Jurare autem tam vir quam uxor cogitur: pater autem amoventis iurare non cogitur: cum iniquum sit, de alieno facto alium iurare: is ergo cogitur iurare, qui amovisse dicitur: et idcirco nec heres eius, qui, quaeve amovisse dicitur, iurare cogitur.

§. 3. Si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videtur PRAETOR permisisse.

Paulus *libro VII. Brevium* fügt noch in der folgenden L. 12. hinzu:

Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat ⁷⁸⁾, an ipse fur sit,

78) *Deferat* heißt hier subtil, als *referat*. So erklären dieses Wort mit der Glosse *Jac. Cujacius Commentar. in libr. XXXVII. Pauli ad Edictum ad L. 9. D. h. t. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 603.) Ger. Noons Comment. ad Dig. h. t. in fin. (Tom. II.*

Daß keine Zurückschiebung des Eides Statt findet, bestätigt auch Ulpian *libro XXXIII. ad Edictum* mit Berufung auf Labeo. Es heißt nämlich L. 13. h. t.

Ideo LABEO scribit, mulieri non esse permit-
tendum referre iusiurandum: *et ita Edictum. ordi-
natum videtur.*

Opp. pag. 534.) und *Ant. SCHULTING* Not. ad Dig. seu Pand. Tom. IV. h. t. ad L. 12. Einige alte Ausgaben, wie z. B. die des Haloanders und Miräus, lesen auch referat. Die *Basilica* Tom. IV. pag. 426. haben jedoch ἐπιφέρει, defert. Es hat übrigens keinen Zweifel, daß demjenigen, welcher behauptet, er sey von Jemand bestohlen worden, der Eid von dem defertirt werden kann, welchen er des Diebstahls beschuldiget, wie aus L. 28. §. 9. *D. de iureiur.* erhellet. Hat er nun geschworen, so erlangt er dadurch die actio furti, so wie die actio in factum ex iureiurando, und es hängt von seiner Willkühr ab, welche von beyden er anstellen will. Deswegen steht ihm aber nicht auch immer gleich die conditio furtiva zu. Dieser kann er sich nur dann bedienen, wenn er Eigenthümer der ihm gestohlenen Sache ist. L. 1. *D. de condict. furtiva.* So erklärt sich die angeführte L. 28. wo Paulus sagt: Item POMPONIVS ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iuravit, non statim etiam *condictionis causam* nancisci. In dessen braucht der Kläger den ihm zugeschobenen Eid nicht wider seinen Willen zu schwören. Der Grund ist, weil er doch nicht gewiß weiß, ob der Beklagte, den er für den Dieb hält, die Sache wirklich gestohlen habe. Daher findet auch keine Zurückschiebung des dem Beklagten über den schuldgegebenen Diebstahl defertirten Eides statt. S. *CUJACIUS* Comment. in libr. XVIII. Pauli ad Edictum ad L. 28. §. 9. *D. de iureiur.* (*Opp. postum* Tom. II. pag. 235.) und *ПОПЫНЪ* Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVIII. Not. h. pag. 79.

Gerhard Noodt ⁷⁹⁾ meint, es habe von dieser Beweisführung das zweyte Kapitel des Edicts gehandelt, in welchem der Prätor die rerum amotarum actio eingeführt hat. Es scheinen vielleicht die Worte der L. 11. §. 3. *D. h. t. non videtur Praetor permisisse*, und der L. 13. *et ita Edictum ordinatum videtur*, darauf hinzudeuten. Eben dieses scheint auch Abraham Wiegling ⁸⁰⁾ Ansicht zu seyn. Wilh. Ranchin ⁸¹⁾, und Joh. Ortwin. Westenberg ⁸²⁾ haben daher dem Edict noch die Worte beygefügt: *et iusiurandum deferre permittam*. Allein sicher würde sich der Prätor hier wohl anders ausgedrückt haben. Vielleicht nach L. 11. so:

Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, adversarium, sive vir sive uxor sit, iurare cogam ⁸³⁾, *nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert, neque, si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, permittam.*

Indessen dünkt es mir wahrscheinlicher zu seyn, daß der Prätor vielmehr in seinem Edict vom Eide auch der Eidesdelation bey der actio rerum amotarum, als Ausnahme von der Regel, gedacht habe, welche Paulus libro XXXVII. *ad Edictum* aufstellt:

79) Comm. ad Dig. h. t. §. Vidimus. pag. 530.

80) Fragmenta Edicti perpetui. (*Franequerae* 1733. 4.) h. t. §. 1. pag. 153.

81) Edictum perpetuum restitut. h. t. (in *Thes. Meerman*. Tom. III. pag. 250.)

82) Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. et 28.

83) Arg. L. 34. §. 6. *D. de iureiur.*

Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.

Paulus, der *libro XVIII. ad Edictum* hauptsächlich vom Eide handelt ⁸⁴⁾, gedenkt der *actio rerum amotarum* ausdrücklich, wenn er *L. 28. §. 7. D. de iureiur.* sagt:

Quae iuravit, divortii causa rem se non amovisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur: et, si contendat suam esse, alio iureiurando opus est: contra, si iuraverit suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi.

Der Eid kann jedoch immer nur über einzelne Sachen beferirt werden. Daher kann sich der Kläger bey einigen der Eidesdelation, bey andern anderer Beweismittel bedienen, wie ebensfalls Paulus *L. 14. D. de act. R. A.* sagt, welche, wie jene Stelle, auch aus desselben *libro XVIII. ad Edictum* genommen ist. Hier heißt es:

De rebus amotis permittendum marito, vel uxori, de quibusdam rebus iusiurandum deferre, de quibusdam probare.

Der Prätor hatte nämlich in seinem Edict vom Eide gesagt: *Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit.* Nun erklärte man, wie Ulpian sagt *L. 7. D. de iureiur.* die Worte: *Eius rei* so: *sive de tota re, sive de parte sit iuratum* ⁸⁵⁾.

84) G. Cujacius in libr. XVIII. Pauli ad Edictum (*Opp. postumor.* Tom. II. pag. 224 sqq.)

85) G. Cujacius c. I. ad L. 14. h. t. pag. 248.

§. 1284. g.

Zeit der Anstellung der Klage. Wegfallen derselben. Findet die Klage noch jetzt statt?

Die Klage kann übrigens gleich nach erfolgter Ehescheidung angestellt werden, und findet insonderheit gegen die Ehefrau statt, auch ehe noch die dos zurückgefordert werden kann. Dieß ist es, wenn Paulus *Libro XXXVII. ad Edictum* sagt:

Rerum amotarum actio damnum repraesentat, etiamsi postea dotis exactio competat;

wie die daraus genommene *L. 21 §. 3. D. h. t.* lautet. Der Sinn ist, die *actio rerum amotarum*, als eine *actio ex delicto*, bringt es mit sich, daß mittelst derselben gleich nach getrennter Ehe auf Schadens-Ersatz geklagt werden kann, wenn gleich die Klage auf Zurückgabe der Dos, sofern dieselbe etwa in beweglichen Sachen besteht, noch nicht Statt findet ⁸⁶⁾. Denn *repraesentare* heißt etwas sogleich bezahlen. In den *Basiliken* ⁸⁷⁾ wird *damnum repraesentat* so ausgedrückt: *παραχρήμα τὴν ζημίαν ἀπαιτεῖ*, i. e. *STATIM damnum exigit*; und der *Scholiast* ⁸⁸⁾ paraphrasirt dieses so: *Ἡ ῥέρον ἀμοτάρονυ παραχρήμα τὴν ζημίαν ἀπαιτεῖ ἀπολαβεῖν τὸν ἀδικηθέντα, εἰ καὶ μετὰ ταῦτα μέλλει ἀρμόζειν ἢ τῆς προικὸς ἀπαιτήσις*. i. e. *Rerum amotarum actio exigit, ut damnum STATIM*

86) S. CUIACIUS ad h. L. (Tom. II. *Oper. postum.* p. 605.)
Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro aut Praetor.* pag. 532. und POTIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXII. Not. c. pag. 80.

87) Tom. IV. pag. 428.

88) *Basilica* Tom. IV. pag. 437. Sch. h. et i.

recipiat, qui passus est, etiamsi postea dotis exactio competitura sit. Daß παραχρημα, oder statim wird nachher weiter so erklärt: μετὰ τὸ λυθῆναι τὸν γάμον. i. e. soluto matrimonio, mit dem Besatz: ἐν συνεστῶτι γὰρ οὐ κινεῖται, i. e. eo enim constante non movetur. Anton Faber ⁸⁹⁾ will zwar den Satz des Paulus nur von dem Falle verstehen, wenn Dotalsachen von der Frau entwendet worden sind. Hier soll die actio rerum amotarum Statt finden ante tempus repetendae dotis. Er glaubt, die Worte: etiam si postea dotis exactio competat, deuteten darauf hin. Allein mit Recht ist diese Erklärung von Bachov ⁹⁰⁾, und Anton Schulting ⁹¹⁾ verworfen worden.

Die Klage fällt weg, 1) wenn sich die Ehegatten gegenseitig bestohlen haben. Hier hebt die Compensation das Klagerecht auf.

L. 7. D. h. t. ULPIANUS libro XXXVI. ad Sabinum. Compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.

2) Wenn nach erfolgter Ehescheidung die Ehe wieder hergestellt wird.

L. 30. D. eodem. PAPINIANUS libro XI. Quaestionum. Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio, solvitur iudicium.

Cujaz ⁹²⁾ erklärt den Ausdruck: solvitur iudicium

89) De errorib. Pragmaticor. Dec. LXXX. Err. 2.

90) Adversus Fabrum c. 1.

91) Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 21. h. t.

92) Comment. in libr. XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (Oper. postum. Tom. I. pag. 309.)

so, iudex esse desinit⁹³⁾. Die Klage ruhe also nur, aber sie erlösche dadurch nicht⁹⁴⁾. Genug sie lebt wieder auf, d. h. sie kann wieder fortgesetzt werden, wenn nach wiederhergestellter Ehe doch noch die Scheidung erfolgt⁹⁵⁾. Hierher gehört

L. 23. D. h. t. AFRICANUS libro VIII. Quaestionum. Redintegrato matrimonio, si iterum divortium factum erit: ob res amotas prioris divortii causa — manere actionem⁹⁶⁾ existimavit⁹⁷⁾.

Durch die Anklage des Ehebruchs wird jedoch die actio rerum amotarum gegen die Frau nicht gehindert, denn sie ist von jener ganz unabhängig. Man setze, die Frau werde wegen bewiesener Entwendung verurtheilt, hieraus folgt noch nicht, daß sie auch des Ehebruchs schuldig sey. Eben so wenig würde aber auch in dem entgegengesetzten Falle, da sie freigesprochen worden, folgen,

93) L. 58. D. de iudiciis.

94) L. 98. §. 8. D. de Solat. L. 83. §. 5. L. 137. §. 4. D. de Verb. Obligat. Die Basilica Tom. IV. p. 429. circ. fin. haben jedoch σβέννεται τοῦ γάμου ἀναγεομένον. i. e. *extinguitur redintegrato matrimonio*. Man vergleiche auch L. 19. D. Soluta matrimon.

95) G. Jo. Lud. CONRADI Jus P. R. e Digestis h. t. §. 24.

96) Basilica Tom. pag. 428. in fin. σώζεται ἡ ἀγωγή προφάσει τῶν αποκλαπέντων διὰ τὸ πρῶτον διαζόγιον. i. e. *integra manet actio ob res subreptas prioris divortii causa*.

97) Daß existimavit geht nicht auf African, sondern auf Julian, dessen Meinung African anführt. G. POTIER Pand. Just. Tom. II. h. t. Nr. XXIII. Not. d. Einige Ausgaben lesen jedoch existimavi, z. B. Bauhoja. Die Glosse bezieht es auf African.

daß sie auch keine Ehebrecherin sey. Dieses sagt auch Papinian *libro IV. Responsorum*, woraus die *L. 27. D. h. t.* genommen ist. Hier heißt es ganz bestimmt:

Rerum amotarum actio OB ADULTERII CRIMEN, quo mulier postulata est, non differtur.

Jacob Gothofredus ⁹⁸⁾ ist zwar der Meinung, die *L. 27. h. t.* sey durch die Constitution der Kaiser Theodos, Arcadius, und Honorius, welche in dem Theodosianischen Codex die *L. 7. ad Legem Juliam de adulteriis*, in dem Justinianischen aber *L. 33. eodem* ist, aufgehoben worden. In dieser heißt es nämlich:

Adulterii accusatione proposita, praescriptiones civiles, quibus aut dos repeti fingitur, aut ex ratione aliqua debitum flagitatur, quae occurrere, atque perstrepere examini consueverunt, iussum sequestrari, nec earum obice aliquid negotii tarditatis adferri, sed accusatione fundata, hoc est, cum constiterit, quo iure, id est, maritime, an extranei, quove tempore accusatio fuerit intromissa: discutiatur crimen, facti qualitas publicetur, cum et iurgia, quae magnitudine superantur, et civilis actio criminali iure postponatur. Idem tamen, cum competere coeperit, habitura momenti, dummodo non obsit huic examini.

Allein hier ist von solchen Klagen die Rede, deren Entscheidung von der angestellten Criminalklage abhängt,

98) Cod. Theodos. Tom. III. ad *L. 7. ad Leg. Jul. de adulter.* pag. 73. edit. Ritter. Ihm stimmt auch Ant. SCHULTING in *Notis ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad L. 27. h. t.* pag. 367. bey.

wie z. B. die actio de dote. Dieß zeigt schon der Ausdruck *praescriptiones civiles* an⁹⁹⁾. Die actio rerum amotarum ist aber von der Anklage des Ehebruchs ganz unabhängig, wie Gothofredus selbst nicht läugnen kann. Keine dieser Klagen ist also der andern hinderlich¹⁰⁰⁾.

Einige Rechtsgelehrten¹⁾ wollen an der heutigen Anwendbarkeit der actio rerum amotarum zweifeln. Sie sagen, die Klage setze als wesentliche Bedingung voraus, daß die Entwendung *divortii causa* geschehen, und die Ehescheidung wirklich erfolgt sey. In dem Canonischen Recht wären aber alle Ehescheidungen aufgehoben, und eine bloße Scheidung vom Tisch und Bette gebilliget, wodurch das Band der Ehe nicht aufgelöst werde. Heutzutage müsse man sich also bloß nach der *L. 25. D. h. t.* richten. Unter diesen veränderten Umständen müsse denn auch eine *retentio ob res amotas* wieder Statt finden, wenn sie auch von Justinian sey aufgehoben worden.

Allein diese Gründe würden doch nur allenfalls auf Katholiken passen, mithin die Zulassung dieser Klage unter Protestanten nicht aufheben. Ueberdem behauptet man auch nicht ohne Grund, daß selbst bey den Katholiken,

99) *C. Jac. RAEVARDUS de Praejudiciis Lib. I. cap. 7. 8. et 9.*

100) *C. Jac. CUJACIUS in libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 27. h. t. (Opp. postum. Tom. I. pag. 180.) Jo. SUAREZ DE MENDOZA Commentarior. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. 1. nr. 11. et 12. (Tom. II. Thes. Meerman. pag. 141.) und POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXV. Not. g. pag. 80.*

1) *Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXII. Err. 3. Reinh. BACHOVIVS Tr. de Actionibus Diss. V. Th. 12.*

wenn die Ehe durch eine lebenslängliche Scheidung der Ehegatten vom Tisch und Bett getrennt worden ist, wenigstens die *actio rerum amotarum utilis* nicht für unstatthaft zu halten sey ²⁾. Denn das Canonische Recht nimmt ja auch die in dem Römischen Recht bestimmten *poenae divortii* an ³⁾. Ja selbst wenn Gütergemeinschaft unter den Ehegatten Statt findet, und die Communio durch Ehescheidung aufgehoben wird, ist kein Grund einzusehen, warum nicht der durch Amotion von dem einen Gatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen zugefügte Schaden dem Urheber aufgerechnet, oder nach bereits erfolgter Theilung durch diese Klage nicht sollte verfolgt werden können.

§. 1284. h.

Die *actio rerum amotarum* ist eine *Condictio* gegen Anton Faber.

Daß die *actio rerum amotarum* eine *condictio* sey, sagt nicht nur Gajus *Libro IV. ad Edictum provinciale*, woraus die *L. 26. D. h. t.* genommen ist, ganz bestimmt, sondern eben dieses beweist auch die Aehnlichkeit dieser Klage mit der *condictio furtiva*. Denn sie steht, wie diese, auch dem Eigenthümer zu ⁴⁾, ist eine *actio personalis, rei persecutoria*, und eine *actio perpetua* ⁵⁾; sie hat ferner mit allen *Conditionen* gemein, daß sie nicht infamirt ⁶⁾, und kann auch, wie die *con-*

2) C. BACHOVIVS c. 1.

3) *Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.*

4) *L. 24. D. h. t.*

5) *L. 21. §. 5. h. t.*

6) *L. 36. D. de Obligat. et Action. L. 2. C. h. t.*

dictio furtiva, auf Ersatz des gestiegenen Werths der entwendeten Sache gerichtet werden ⁷⁾). Gleichwohl bestreitet Anton Faber ⁸⁾ gegen die ausdrücklichen, auf einer übereinstimmenden Lesart beruhenden Worte jener Stelle des Gajus, deren Richtigkeit noch überdem durch die Basiliken ⁹⁾ bestärkt wird, den aufgestellten Satz; und will, statt der allgemein anerkannten Lesart:

Rerum amotarum actio *condictio* est,

entblößt von aller Auctorität, *condictio non est*, lesen. Allein die Gründe dafür sind eines Anton Fabers unwürdig, und würden keine Widerlegung verdienen, wenn sie nicht schon von Reinhard Bachov ¹⁰⁾ so gründlich wären geprüft und so ausführlich widerlegt worden. Daß die *actio rerum amotarum* dem bestohlenen Ehegatten nicht nur, wenn er Eigentümer der ihm entwendeten Sachen ist, sondern auch dann zusteht, wenn ihm, bey Entwendung einer fremden Sache, daran gelegen ist, daß die Amotion nicht geschehen wäre ¹¹⁾, hat seinen Grund darin, weil sich der bestohlene Ehegatte gegen den Entwender nicht so, wie gegen einen andern Dieb, der *actio furti* bedienen kann ¹²⁾. Die dem bestohlenen Ehegatten gegebene *actio rerum amotarum* mußte also hier die Stelle beyder Klagen, der *actio furti* und der *condictio furtiva* vertreten. Deswegen aber hört sie nicht auf eine Con-

7) L. 29. D. h. t.

8) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 7. 8 et 9.

9) Tom. IV. pag. 429. Const. 26. Απαιτητική εστίν η περί άφαιρέσεως πραγμάτων άγωγή.

10) Tr. de Actionib. Disp. V. Th. 10.

11) L. 17. §. 3. D. h. t.

12) L. 1. L. 28. D. h. t.

diction zu seyn. Mit Recht ist daher jene Fabrianische Emendation, die man eher eine Corruption nennen könnte, verworfen worden ¹³⁾. Zum Ueberflus könnte man ihr noch eine Stelle aus des Paulus *libro III. ad Neratium* entgegensetzen. Es ist die *L. 19. D. de conditione furtiva*, wo es heißt:

JULIANUS ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem *CONDITIONEM* in peculium respondit.

§. 1284. i.

Zuweilen findet während der Ehe die *condictio furtiva* Statt.
L. 3. §. 2. D. h. t.

Zum Beschluß ist noch eines besondern Falles zu gedenken, wo gegen die Regel die *condictio furtiva* während der Ehe Statt findet. Paulus trägt ihn *libro VII. ad Sabinum* vor, woraus die *L. 3. §. 2. D. h. t.* genommen ist. Die Worte lauten so:

Sed et cum uxore furti agere possibile est: si ei, cui heredes simus, furtum fecit, — tamen, propter reverentiam personarum, — *furtivam tantum conditionem* competere, non etiam furti actionem, dicimus.

13) *S. Jo. Jac. WISSENBACH* Exercitation. ad Pandect. P. I. Disp. XLIX. Th. 6. (Wissenbach spricht hier das harte Urtheil über den großen Anton Faber aus, daß er ihn einen homo corrumpendae iurisprudentiae natus nennt. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVII. Not. g. pag. 79. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 26. D. h. t. pag. 567. und Bav. VOORDA Thes. Controv. Decad. XIV. §. 7.

Die Frau hätte denjenigen bestohlen, dessen Erbe nachher der Mann geworden war. Hier kann der Mann auch während der Ehe *ex causa furtiva* gegen die Frau klagen. Denn der Mann klagt hier nicht als Mann, sondern in der Eigenschaft eines Erben, in welcher das Recht des Erblassers auf ihn übergegangen ist. Doch hat man hier die Achtung für die Person wenigstens insofern berücksichtigt, daß dem Ehemann nicht die *actio furti*, sondern nur die *condictio furtiva* gestattet wird ¹⁴⁾. Die *actio rerum amotarum*, oder eine andere dem Ehemann sonst zu Gebote stehende Klage konnte hier schon darum nicht Statt finden, weil der Mann nicht selbst bestohlen war. Es fehlte also an einem wesentlichen Erforderniß der *actio rerum amotarum* ¹⁵⁾.

14) *S. Jo. Lud. CONRADI Jus P. R. civile e Digestis Justiniani h. t. §. 3.*

15) *Reinh. BLOHVIUS Tract. de Actionib. Disp. V. Th. 7. Not. c. pag. 173.*

Lib. XXV. Tit. III.

De agnoscendis et alendis liberis, vel
parentibus, vel patronis, vel libertis.

§. 1285.

Was heißt agnoscere liberos? Was alere liberos? Was
sind Alimenta? Wenn fällt die Verbindlichkeit dazu weg?

War die Frau, oder ihr Vater, in dessen Gewalt sie
noch war, an der Ehescheidung Schuld, und es waren
Kinder aus dieser Ehe vorhanden, so hatte zu Ulpian's¹⁶⁾
Zeiten bey der Restitution der Dos eine retentio ob
liberos Statt. Denn nichts schien billiger zu seyn, als
daß die Ernährung der Kinder, wozu auch vorzüglich die
Dos bestimmt war, nun nicht allein dem Manne zur Last
fallen durfte. Justinian¹⁷⁾ hat nun zwar diese reten-
tio ob liberos aufgehoben, cum ipse naturalis stimu-
lus parentes ad liberorum suorum educationem
hortetur; indessen veranlaßte doch das ältere Recht die
Ordnung dieses Titels, so wie es die Verwandtschaft der
Materie mit sich brachte, bey der Pflicht der Eltern zur
Ernährung der Kinder, auch von der Pflicht der Kinder

16) *Fragm. Tit. VI. §. 10.*

17) *L. ux. §. 5. Cod. de rei uxoriae act.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. § 1

zur Ernährung ihrer dürftigen Eltern, und eben so auch wegen des ähnlichen Rechtsverhältnisses zwischen Patronen und Freigelassenen von deren gegenseitigen Verbindlichkeit zu Alimenten zu handeln¹⁸⁾. Weil jedoch die Pflicht zur Ernährung der Kinder eine Anerkennung derselben voraussetzt; so war es nöthig zugleich die Vorsichtsmaasregeln zur Begründung der actio praeiudicialis de partu agnoscendo zu bestimmen, sowohl für Kinder, die während der Ehe, als insonderheit für diejenigen, welche nach der Ehescheidung geboren worden sind, um die Rechtlichkeit derselben dadurch ausser Zweifel zu setzen, oder wenigstens eine dem Beweis gleichstehende Vermuthung zu begründen. Daher machen die zwey darauf sich beziehenden Senatusconsulte, das Plancianische und das Hadrianeische, den Hauptinhalt dieses Titels aus. Es ist jedoch nöthig, zuvörderst die Ausdrücke *agnoscere* und *alere liberos*; so wie die Bedeutung des Wortes *alimenta*¹⁹⁾

- 18) *S. Jac. Cujacii Paratitla in libros L. Digest. h. t.*
- 19) Die vorzüglichsten Schriften zu diesem Titel sind. *Jo. Pet. Surdi Tr. de Alimentis. Francof. 1595. f. Math. Colerus de Alimentis. Lipsiae 1596. rec. Coloniae 1710. Scip. Gentilis de Alimentis lib. sing. Francofurti 1606. 8. Hug. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 4. §. 9 — 15. Vol. VII. pag. 43 — 50. (edit. Norimb. 1824. 8.) Ern. Mart. Chladenii ex doctrina de alimentis capita quaedam controversa. Viteb. 1759. 4. Frid. Es. a Pufendorf de obligatione alendi, in Observation. iur. univers. Tom. IV. Obs. 166. Jo. Dav. Lemker Diss. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum. Goett. 1755. 4. und Christ. Gottl. Eisenstuck Diss. quae iura in alendis et educandis liberis secundum statum natura-*

zu erklären. *Agnoscere liberos*, heißt sich zum Vater eines Kindes bekennen, ein Kind für das seinige anerkennen. *Alere* heißt, den Unterhalt reichen. Das Wort *Alimenta*²⁰⁾ aber, wird bald in einer weitern, bald in einer engeren Bedeutung genommen²¹⁾. Es kommt zunächst darauf, ob die Alimente dem Berechtigten aus einem Vertrage, oder Vermächtniß, oder aus gesetzlicher Verordnung gebühren. Im ersten Fall bestimmt die Uebereinkunft der Paciscenten, im andern der Wille des Erblassers gewöhnlich den Umfang derselben. Hierauf ist also vor allen Dingen zu sehen.

Nach gesetzlicher Bestimmung aber umfaßt der Ausdruck Alimente, Unterhalt, alles, was zur Erhaltung des Körpers und der Gesundheit erfordert wird, also nicht bloß körperliche Nahrung, sondern auch Kleidung und Wohnung, so wie die nöthigen Arzeneyen. Die Gesetzstellen sind.

L. 6. D. de alimentis vel cibariis legat. JAVOLENUS libro II. ex Cassio. Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debetur, quia sine his ali corpus non potest.

lem et civilem obtineant, praes. *Christ. Dan. ERHARDO* def. *Lipsiae* 1794.

20) Dieses Wort wird zuweilen auch in Singuläri gebraucht. So kommt *L. 5. §. 18. D. h. t. alimentum decretum* vor. Eben so *alimonium*, und *alimonia*. *L. 4. D. eod. L. 73. §. 1. D. de iure dot.* *S. DUCKER* Opusc. de Latinitate Ictor. veter. pag. 339. *Ant. SCHULTING* ad *Pauli Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 24. Not. 22.* (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 315.) und *BRISSONIUS* de *Verbor. iur.* Significat. voc. *Alimonium*.

21) *S. Jo. God. BAUER* Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. *Lipsiae* 1727. §. 1.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 53

L. ult. D. eodem. PAULUS Libro IV. ad Neratium. Rogatus es, ut quendam *educes*: ad victum necessaria ei praestare cogendus es. PAULUS: cur plenius est *alimentorum legatum*, ubi dictum est, et *vestiarium* et *habitationem* contineri? Imo ambo exaequanda sunt.

Gleichbedeutend mit dem Wort *alimenta* ist. das Wort *victus*, welches Ulpian erklärt.

L. 43. D. de Verbor. Signif. ULPIANUS libro LVIII. ad Edictum. Verbo *VICTUS* continentur, quae esui, potuique, cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque *victus* habere vicem, LABEO ait.

Daß auch Arzneyen zu den Alimenteren gerechnet werden, lehrt folgende Gesetzstelle.

L. 44. D. eodem. GAIUS Libro XXII. ad Edictum provinciale. Et cetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.

Man kann hierher auch noch eine andere Stelle aus GAIUS *libro VII. ad Edictum provinciale* rechnen; es ist die *L. 45. D. de Usufructu.* Sicut *impendia cibariorum* in *servum*, cuius *usufructus* ad aliquem pertinet, ita et *valetudinis impendia* ad eum respicere natura manifestum est.

Da das Wort *victus* von *vivo* herkommt, so läßt sich die ausgedehnte Bedeutung, welche die Gesetze damit verknüpfen, sehr wohl erklären. Daß indessen nicht alle Römischen Juristen hierin einverstanden gewesen sind, erhellt aus folgender Stelle des Gajus.

L. 234. §. 2. D. de Verbor. Signif. Verbum vivere quidam putant ad cibum pertinere. Sed OFILIUS ad Atticum ait, his verbis et vestimenta et stramenta contineri: sine his enim vivere neminem posse.

Es ist diese Stelle aus desselben *libro tertio ad legem duodecim Tabularum* genommen, wo Gajus das Gesetz der zwölf Tafeln erklärt, nach welchem insolvente Schuldner, welche dem Gläubiger waren zuerkannt worden, und daher, wie Sklaven, in Ketten ihre Schuld abverdienen mußten, in dem Falle da sie sich nicht selbst ernähren konnten, den Lebens-Unterhalt von ihrem Gläubiger erhalten sollten ²²⁾. Nach dieser Stelle waren nun zwar einige Rechtsgelehrten der Meinung, daß der Lebens-Unterhalt nur auf Kost und körperliche Nahrung gehe, allein die ausgedehntere Bedeutung erhielt den Vorzug.

Daß die Alimentation auch Erziehungs- und Unterrichts-kosten in sich begreife, kann wohl nicht bezweifelt werden ²³⁾. Ob aber auch die Studirkosten zu den Alimenten zu zählen sind, ist streitig. Sind die Alimente vermacht; so werden die Kosten, quae ad disciplinam

22) G. Jac. Cujacii ad Tit. de Verbor. Signif. Commentar. ad LL. 43. et 44. h. t. besonders Jo. Gorrdani Commentar. repetitae praelect. in Tit. eund. ad LL. eisdem. pag. 511. sqq. und Heint. Ed. Dirksen's Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf Tafeln-Fragmente. Cap. VIII. Tab. III. 3. und 4. Fragment. S. 243. und S. 251. ff.

23) G. Jo. Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. und Schwepppe Röm. Privatrecht. §. 642.

agnos
 aliment
 e ein
 Edic
 auch
 die
 freier
 mente
 pt d
 legel
 der
 kper
 E
 kstis
 m 22
 kper
 ksch
 kstis
 zht
 wo
 die
 23

pertinent, ausdrücklich ausgeschlossen ²⁴⁾. Gleichwohl sollen einem Unmündigen, der die *Honorum possessio* ex *Edicto Carboniano* erhalten hat, mit dem Unterhalt auch die Studienkosten vorgestreckt werden ²⁵⁾. Ja selbst die Kosten des Unterrichts einer unmündigen Tochter in den freien Künsten durch eigene Privatlehrer werden mit den Alimentern in eine Klasse gesetzt ²⁶⁾; so wie es denn überhaupt den Vormündern zur Pflicht gemacht wird, ihren Pfliegbefohlenen nach der Beschaffenheit ihres Vermögens, und dem Stande ihrer Geburt Lehrer zu halten, und zu belohnen ²⁷⁾. So sind also Gesetzstellen für und wider die Studirkosten vorhanden. Kein Wunder, daß die Rechtsgelehrten hier getheilter Meinung sind. Diejenigen ²⁸⁾, welche läugnen, daß sie zu den Alimentern zu rechnen sind, sagen, die Verbindlichkeit zur Erziehung, welche den Eltern allerdings obliegt, schliesse die Verbindlichkeit zu den Studien, d. h. zu einer gelehrten Bildung, nicht notwendig in sich. Es komme vieles auf den Stand und die Beschaffenheit der zu ernährenden Personen an. Die Gesetze hätten diesem Aufwand auf die Pietät und Billigkeit gegründet ²⁹⁾, der Vater könne daher auch die

24) L. 6. D. de alimentis vel cibis. legat.

25) L. 6. §. 5. D. de Carbon. Edicto.

26) L. 4. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat. C. Jac. Cujacti Commentar. in libr. XXI. Digestor. Juliani. (Opp. a FABROTO edit. Tom. III. pag. 143. sq.)

27) L. 12. §. 3. D. de administ. et peric. tutor.

28) Jo. VORST Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. Hug. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 4. §. 9. (Vol. VII. pag. 44. edit. Noric.) besonders Carl Pflizer über die Collation der Descendenten §. 122.

29) L. 50. D. familiae erisc. L. 15. Cod. de negot. gest.

Studienkosten der Collation unterwerfen, was bey den bloßen Unterhalt, den er den Kindern gegeben hat, nicht Statt finde³⁰⁾. Gleichwohl fehlt es nicht an Rechtsgelehrten³¹⁾, welche die Studirkosten zu den Alimenten, wenigstens ad alimenta civilia rechnen, von denen nachher die Rede seyn wird. Die erste Meinung verdient jedoch unstreitig den Vorzug. Denn so wenig es auch einigem Zweifel unterworfen ist, daß der Vater seine Kinder zu nützlichen Bürgern des Staats zu erziehen schuldig ist; so wenig kennt doch das Civilrecht ein Rechtsmittel, wodurch die Söhne den Vater anhalten könnten, sie auf seine Kosten gerade studiren zu lassen. Hierzu kommt, daß die Studienkosten in den Gesetzen³²⁾ von den Alimenten deutlich unterschieden werden.

Zuweilen wird der Ausdruck *alimenta* in einer so engen Bedeutung genommen, daß darunter nur die Kost verstanden, alles Uebrige aber, was sonst unter dieser Benennung begriffen ist, zu den onera liberorum gerechnet wird, wozu der Vater verpflichtet ist. Hierher gehört die Stelle aus *ULPIANI libro II. de officio Consulis.*, wo es nach *L. 5. §. 12. D. h. t.* heißt:

Non tantum alimenta, verum etiam cetera quae onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere, Rescriptis continetur.

30) *S. Pfizer a. a. D.*

31) *S. BRISSONIUS de Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Signif. voc. Alimenta. WESTENBERG de causis Obligation. Diss. VIII. Cap. 3. §. 17. CARRACH Diss. de iussu patris in conferendis studiorum sumtibus rato vel irrito. §. 7. SCHORFF Diss. de sumtibus studiorum. Cap. XVII. §. 19. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 558.*

32) *L. 4. D. Ubi pupill. educari deb. L. 6. §. 5. D. de Carbon. Edicto. S. Wennemär. REDEKER Diss. de collatione sumtuum studior. Cap. II. §. 7.*

Die Basiliken³³⁾ haben diese cetera onera liberorum erklärt von Kleidung und Wohnung, und der griechische Scholiast³⁴⁾ hat dabey die Bemerkung gemacht, daß Beydes sonst unter den Alimenter begriffen sey, so wie überhaupt alles, was zur Erhaltung des Lebens und zum Schutze und Heilung des Körpers nöthig ist.

Zu den Alimenter rechnen viele³⁵⁾ auch noch die Proceßkosten, wenn der Proceß an sich rechtmäßig ist, und derjenige, den man die Alimenter schuldig ist, sonst kein Vermögen hat, wovon er diese Kosten bestreiten könnte³⁶⁾. Die Praxis hält dieß wenigstens für billig, weil diese Kosten doch zum Zweck haben, dem zu Ernährenden dadurch Lebensmittel zu verschaffen³⁷⁾.

Die Größe der Alimenter hängt übrigens nicht von gegenseitiger Willkür der Personen ab, sondern der Rich-

33) Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 5. pag. 753. ἐσθῆτα καὶ οἰκησίην, vestem et habitationem.

34) Basilic. Tom. IV. pag. 734. Sch. b. Ταῖς διατροφαῖς καὶ ἡ ἐσθῆς καὶ ἡ οἰκησις, καὶ τὰ πρὸς τὸ ζῆν ἀναγκαῖα, καὶ πρὸς φυλακὴν καὶ φροντίδα τοῦ σώματος ἐπιτηδεῖα περιέχεται. i. e. Alimentis etiam vestis et domicilium, et ad vivendum necessaria, quaeque tuendo, curandoque corpori sunt, continentur.

35) Aug. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXXXIV. medit. 5. et Vol. V. Specim. CCCXIII. medit. 5. et 6. Schöppe Römische Privatrecht §. 642. vorzüglich Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. V. cap. V. cap. 28 — 30.

36) L. 27. §. 3. D. de inoffic. testam. L. 7. Cod. de ordine cognition. (VII. 19.) Cap. 11. X. de Accusationib. (V. 1.)

37) S. LEYSER Vol. cit. II. Spec. LXXXIV. medit. 5. pag. 209.

ter bestimmt sie nach dem Bedürfniß der zu ernährenden Personen, und dem Vermögen desjenigen, dem die Pflicht der Ernährung obliegt³⁸⁾. Der Richter kann auch im Weigerungsfalle die ihm überhaupt zu Gebote stehenden Zwangsmittel, z. B. Auspfändung, gebrauchen³⁹⁾. Bey der Bestimmung dieser Größe wird nun entweder zugleich auf den Stand der Personen, oder bloß darauf gesehen, was zur Lebens-Nothdurft erfordert wird. Auf solche Art unterscheidet man zwischen *alimenta civilia*, standesmäßigen Unterhalt, und *alimenta naturalia*, bloß nothdürftigen Lebens-Unterhalt⁴⁰⁾.

Die Verbindlichkeit zur Alimentation fällt weg, wenn 1) derjenige, dem man sonst den Unterhalt schuldig ist, sich selbst ernähren kann. Jedoch wird dabey vorausgesetzt, daß er sich auch seinem Stande gemäß ernähren könne, und nicht, der erforderlichen Fähigkeit ungeachtet, durch körperliche Schwächlichkeit daran gehindert sey. Es tritt auch hier das richterliche Ermessen ein. Hierauf deutet Ulpian hin, wenn er *libro II. de officio Consulis*⁴¹⁾ sagt:

38) L. 5. §. 7. 10. 19. et 25. D. h. t. Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 6. in fin. S. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. Cap. 4. §. 9. Vol. VII. pag. 44. edit. Norimb. und MÜHLENBACH Doctr. Pandectar. Vol. II. § 242. pag. 74. edit. pr.

39) L. 5. §. 10. D. h. t. L. 1. C. de executione rei indic.

40) L. 1. §. 19. D. de ventre in possession. mittendo. (XXXVII. 9.)

41) L. 5. §. 7. D. de agnosc. et alend. lib. S. Ant. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 25. nr. 5. Jo. VOLT Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 14. Besonders Jo. God. BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent alendos obligato. Lips. 1727. §. 10.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 59

Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. Denique idem Prus ita rescripsit: *Aditi a te competentes iudices alii te a patre tuo iubebunt pro modo facultatum eius: si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis.*

Der bloße Besitz von Gütern, wenn die Einkünfte derselben zur Ernährung nicht hinreichen, hebt die Verbindlichkeit zur Alimentation des Besitzers nicht auf.⁴²⁾

2) Wenn sich der zu Ernährende eines solchen Vergehens gegen den Verpfleger schuldig gemacht hat, weshalb selbst Kinder enterbt werden können⁴³⁾. Ulpian sagt a. a. O. L. 5. §. 11. D. h. t.

Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater, quod merito filios suos nolit alere. Trebatio denique Marino rescriptum est, merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat.

Man pflegt jedoch dieses Gesetz nur auf den standesmäßigen Unterhalt zu beziehen. Die Verbindlichkeit zur Leistung des nothdürftigen Unterhalts wird auch durch Undankbarkeit

42) L. ult. §. 5. Cod. de bonis, quae liberis. S. BAUER Diss. cit. §. 11 — 18. Man vergleiche auch VOET h. t. §. 15.

43) Nov. XXII. cap. 26 et 27. und Nov. CXV. cap. 3 et 4. S. ACCURSUS ad L. 5. §. 11. h. t. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XII. cap. 4. §. 9. in fin. u. MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 242. nr. 2.

nicht aufgehoben 44). Die Verbindlichkeit zur Alimentation endiget

3) der Tod sowohl der zu ernährenden Person, als des Verpflichteten. Die Erben des letztern sind dazu nicht verbunden 45), wosfern nicht ein Vertrag oder letzter Wille ihnen diese Verbindlichkeit auflegt 46). Nur die Erben der Kinder sollen mit Alimentation höchstbedürftiger Eltern fortfahren. Ulpian sagt L. 5. §. 17. *D. h. t.*

Item rescriptum est, heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere: nisi in summam egestatem pater deductus est.

Endlich fällt die Verbindlichkeit zur Alimentation

4) von selbst weg, wenn derjenige, welcher sonst dazu verbunden ist, bey seinem geringen Vermögen sich selbst kaum ernähren kann. Hier geht die Pflicht der Selbsterhaltung vor 47).

44) *Sam. STRYK* Us. mod. Pand. h. t. §. 7. Aug. a *LEYSEN* Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XVIII. medit. 5. *HOFACKER* Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 559. *THIBAUT* System des Pandect. Rechts. I. B. §. 350. *Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 642. a. C.

45) *L. 8. D. h. t. C. Ant. MERENDA* Controversiar. iuris Lib. XIII. Cap. 3. (Tom. III. pag. 8. edit. noviss. et splendidiss. *Bruxellis* 1746. f.) *VORT* h. t. §. 18. *HOFACKER* c. 1. *MÜHLENBRUCH* c. 1. nr. 3. und *Schweppe* a. a. D.

46) *L. 16. pr. D. de aliment. vel cibariis legat. (XXXIV. 1.)*
L. 9. D. de probat. *HOFACKER* c. 1.

47) *Arg. L. 2. Cod. de alimentis liberis ac parentibus.* Man führt zwar gewöhnlich die *L. 8. D. h. t. L. 17. D. de re iudic.* und §. 40. *J. de Action.* zum Beweise an.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 61

Soweit erstreckt sich jedoch die Verbindlichkeit zur Alimentation nicht, daß der Verpflichtete auch die Schulden des Alimentars zu bezahlen verbunden wäre, wie ebenfalls Ulpian sagt L. 5. §. 16. *D. de agnosc. et alend. liber.* *Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium, rescriptum est.*

§. 1286.

Wem ist die Pflicht aufgelegt Kinder zu ernähren?

Die Pflicht der Alimentation haben die Gesetze den Ascendenten gegen die Descendenten, und diesen gegen jene aufgelegt. Sie betrachten dieselbe als eine Pflicht, die schon die Natur beyden gegenseitig auflegt, und welche die Civilgesetze bestätigen. Daher kommt das Verhältniß der väterlichen Gewalt hier nicht in Betrachtung, wie Ulpian lehrt *libro II. de officio Consulis.* Es ist die L. 5. *pr. et §. 1. D. h. t.* wo es heißt:

Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet.

Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere, an verò etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere.

Eben dieses bestätigt Justinian in der L. 8. §. 5. *Cod. de bonis, quae liberis,*

Nur man sehe BAVEN Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. §. 21.

Ipsum autem filium, vel filiam, filios, vel filias, et deinceps alere patri necesse est, non propter hereditates, sed propter ipsam naturam, et leges, quae et a parentibus alendos esse liberos imperaverunt, et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur.

Soviel nun I. die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder anbetrifft; so ist dieselbe

A) und zunächst dem Vater aufgelegt, so fern die Kinder kein eigenes Vermögen haben, aus dessen Einkünften sie standesmäßig erhalten und erzogen werden können, noch auch sonst durch ihre Kunst und Wissenschaft sich selbst ihren standesmäßigen Unterhalt zu erwerben fähig sind ⁴⁸⁾. Denn die Regel ist, jeder muß sich selbst ernähren, die Pflicht andere zu ernähren ist, auch selbst bey Eltern, bloß subsidiarisch ⁴⁹⁾. Hat jedoch der Vater einem vermögenden Kinde die Alimenta gegeben, ohne die Absicht des einstweiligen Vorschusses weder durch Worte noch Handlungen zu erkennen gegeben zu haben; so wird wegen der Pietät eine Schenkung angenommen ⁵⁰⁾. Der Vater ist nun

48) L. 5. §. 7. D. h. t. S. VOLT Comment. ad Pand. h. t. §. 14 et 15. a WERNER Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 73. und besonders Jo. COD. BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. §. 10. sqq. S. auch HUFELANDS Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 854.

49) L. 5. §. 13 et 19. D. h. t. WERNER Select. Observation. for. Tom. III. P. II. Obs. 282.

50) L. 50. D. Famil. ercisc. L. 34. L. 44. D. de negot. gest. L. 5. C. ad Sctum Macedonian. L. 11. Cod. de negot. gestis. S. BAUER Diss. cit. §. 18. et 19. L'hibaut System des Pandect. Rechts. 1 B. §. 350.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 63

1) den legitimen Kindern, sie mögen ehelich gebohrne, oder Adoptiv-Kinder seyn, nicht bloß den nothdürftigen Lebensunterhalt, d. h. soweit es nöthig ist, ihnen das Leben zu fristen, (alimenta naturalia) sondern standesmäßigen Unterhalt (alimenta civilia) zu reichen schuldig, so wie es die Umstände seines Vermögens mit sich bringen⁵¹⁾. Vorausgesetzt, daß sie nicht wider seinen Willen, auf eine unerlaubte Art, sich eine gewisse Lebensart gewählt, noch sich durch grobe Undankbarkeit dieses Rechts unwürdig gemacht haben, in welchem Falle ihnen nur der nothdürftige Lebensunterhalt gebührt⁵²⁾. Die Verpflichtung zur Alimentation tritt übrigens mit dem Augenblick des Bedürfnisses, also gleich mit der Geburt der Kinder ein, und dauert fort, bis die Kinder sich selbst ihren Unterhalt verschaffen können. Die Kaiser Diocletian und Maximian haben zwar *L. 9. Cod. de patria potestate* rescribirt:

Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciata poena, item praeiudicium Edicto perpetuo propositum, et remedium alimentorum apud Praesidem maiori trimo petenti, nomine eius monstratum, iure manifesto declarant.

Allein daß der Vater zur Alimentation des Kindes in den ersten drey Jahren nichts herzugeben brauche,

51) *L. 5. §. 7. 10. et 12. D. h. t. C. EHRENBURG* Diss. de aequali parentum auxilio. *Lips.* 1728. Cap. II. §. 3. Hufeland a. a. D. §. 856.

52) *C. Thibaut* System des Pandectenrechts 1. B. §. 347. und *Hufeland's* Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 859. Not.

läßt sich deswegen nicht behaupten. Denn was in diesem Gesetz gesagt wird, hat seine Beziehung darauf, daß die römischen Mütter ihre Kinder drey Jahre an ihrer Brust zu säugen pflegten⁵³⁾. So lange nun das Kind die Muttermilch genießt, werden freylich dem Vater die Kosten für Nahrungsmittel erspart, aber die übrigen Alimenter und Kosten für Kleidung, Pflege, Wartung und Arzneimittel fallen dem Vater gleich mit der Geburt des Kindes zur Last. Denn die Gesetze sehen auf keinen Unterschied der Zeit⁵⁴⁾. Die Gesetze wollen sogar, daß, um eines noch nicht gebohrnen Kindes willen, der Mutter der standesmäßige Unterhalt aus der Erbschaft des Vaters gereicht werden soll, damit der foetus im Mutterleibe keine Noth leide. Ulpian sagt *libro XXI. ad Edictum*⁵⁵⁾:

Mulier autem in possessionem missa, ea sola sine quibus foetus sustineri, et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet, et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius, atque mulieris.

53) *§. Jo. Ortw. WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXVII. §. 13. (Operum a JÜNGIO editor. Tom. III. pag. 274.)* und *WERNER Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 396.*

54) *L. 4. L. 5. pr. et §. 1. 7. 10. et 12. D. h. t. L. 3. et 4. C. de alendis liberis ac parentib. §. Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 5. pag. 98. (edit. IV. curante Car. Ern. SCHMID). THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 349. und HUFELAND Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. II. B. §. 856.*

55) *L. 1. §. 19. D. de ventre in possessionem mittendo.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 65

Daß dieses um des Kindes willen geschehe, sagt auch Gajus libro XIV. ad Edictum provinciale⁵⁶⁾:

Curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit: quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestare, qui in utero est.

Müssen also einem noch ungebohrnen Kinde die Alimente aus der väterlichen Erbschaft von dem Curator gegeben werden, um wie viel mehr muß nicht diese Verbindlichkeit dem Vater, bey der Geburt des Kindes obliegen? Ulpian sagt es ja in der erstern Stelle ausdrücklich, daß mehr, als Speise und Trank, zu den Alimenten erfordert werde⁵⁷⁾.

Um jedoch noch einmal auf die L. 9. Cod. de patria potestate wieder zurückzukommen, so ist noch zu bemerken, daß, statt *denunciata poena*, Cujaz⁵⁸⁾ richtiger *denunciati poena* liest. Denn ohne Zweifel ist hier von der Strafe die Rede, welche das Plancianische Senatusconsult dem Manne auflegte, wenn er auf die ihm von der Frau geschene Anmeldung ihrer Schwangerschaft geschwiegen, und weder einen Widerspruch eingelegt, noch Aufseher geschickt hatte, deren Ulpian L. 1. §. 4. h. t. gedenkt, und von welcher in der Folge die Rede seyn wird. *Maritus ab uxore denunciatus*, kommt also hier in eben dem Sinne vor, in welchem Paulus L. 49. pr. D. de iudiciis von dem venditor ab emptore *denunciatus* spricht; und *denunciati*

56) L. 5. D. eodem.

57) S. BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. §. 6.

58) Observation. Lib. XIX. Cap. 40.

poena ist also die *poena mariti, cui facta est denunciatio*. Das *praeiudicium Edicto perpetuo propositum*, dessen ebenfalls in der L. 9. C. cit. Erwähnung geschieht, ist die *actio praeiudicialis de partu agnoscendo*, welche der Prätor in seinem Edict eingeführt hat, wie Justinian §. 13. *J. de actionib.* sagt. Endlich das *remedium alimentorum apud Praesidem maiori trimo petenti, nomine eius monstratum*, ist das Rechtsmittel, wovon in der ganzen L. 5. D. h. t. die Rede ist, vermöge dessen dem Kinde die Alimente durch den Consul oder Präses auffer der Ordnung zuerst kannt werden sollten, welches auch ein Anderer im Namen des Kindes anstellen konnte. Cujaz will daher, statt *petenti*, richtiger *petendi* lesen ⁵⁹⁾. Uebrigens wird dieses Gesetz noch in der Folge mehr. Aufklärung erhalten. Hier ist es nur wegen des unrichtigen Verstandes der Worte *maiori trimo* ⁶⁰⁾ zur Sprache gekommen, und ich bemerke daher noch, daß dieser Irrwahn, als ob der Vater erst nach dreyn Jahren zur Alimentation seines Kindes verpflichtet sey, auch in das Canonische Recht übergegangen

59) In der glöckerten Ausgabe des Hugo a Porta, Lugduni 1592. f. wird ebenfalls bemerkt, daß in quodam exemplari, quod diligentius recognitum videtur, gelesen werde: *maiori trimo petendi*.

60) Charondas bemerkt in seiner Ausgabe des Codex, Antwerpen 1575. f. daß in einigen Handschriften statt *trimo petenti*, *termino petendi* gelesen werde, Allein die Lesart *trimo* ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Das Wort *trimus*, für ein dreyhähriges Kind, kommt auch in der Lex Papia Poppaea vor, wie aus ULPIANI *Fragm. Tit. XVI. §. 1.* erhellet. Man sehe Jo. Gottl. HEINCCI Commentar. ad Leg. Juliam et Papiam Poppaeam. Lib. II. Cap. 15. §. 6. pag. 284.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 67

ist, wie aus dem *Cap. 9. X. de conversione infidelium* erhellet, wo der Pabst Gregor IX. schreibt: *et pueri post triennium apud patrem non suspectum ali debeant et morari.* Die Glosse erklärt dieses aus der *L. 9. C. de patr. pot.* und beruft sich auf folgende Verse, welche damals ganz bekannt gewesen seyn müssen.

*Mater alit puerum trimum, trimoque minorem:
Maiorem vero pascere patris erit.*

Rein Wunder, daß viele sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten ⁶¹⁾ diesem Vorurtheile gebuldiget haben ⁶²⁾.

Die Alimentationsverbindlichkeit des Vaters dauert nun fort, bis die Kinder selbst sich standesmäßig zu ernähren vermögend sind, und wird weder durch die Befreyung derselben von der väterlichen Gewalt, noch durch die Heyrath derselben geändert. Ulpian sagt ganz bestimmt in der *L. 5. §. 1. D. h. t.*

Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus.

61) *Alphons. a CARANZA* de partu naturali et legitimo. Cap. III. §. 3. nr. 25. *COLBERUS* de Alimentis Lib. I. Cap. 6. nr. 4. *COVARRUVIAS* de Matrimonio P. II. Cap. 8. §. 6. nr. 19. *Diod. TULDENUS* Comment. ad Codicem Lib. V. Tit. 25. nr. 6. *Hartm. PISTORIS* Observation. singular. libr. Obs. XCVII. nr. 6. *VOET* Comment. ad Pand. h. t. §. 6. *Corn. van ECK* Princip. iur. civ. sec. ord. Digestor. P. II. h. t. §. Alendi. pag. 105. *MALBLANC* Principia iuris Rom. P. I. §. 122. u. a.

62) Man vergleiche noch besonders *Car. Frid. KNORRE* Diss. de alimentis a matre liberis praestandis. (*Halae* 1756. 4.) Cap. I. §. 15.

Hat der Sohn geheyrathet, vorausgesetzt, daß es mit Einwilligung des Vaters geschehen ist; er sey nun in der väterlichen Gewalt geblieben, oder nicht; so ist der Vater seiner Schwiegertochter so gut, wie dem Sohne, den standesmäßigen Unterhalt zu geben schuldig, wenn der Sohn selbst nicht vermögend ist ⁶³⁾.

2) Unehelichen Kindern war der Vater nach den Gesetzen der Pandecten die Alimente zu geben noch gar nicht verpflichtet, selbst den mit einer Concubine erzeugten Kindern nicht. Es erhellet dieß nicht nur aus L. 1. §. 6. D. h. t. wo Ulpian sagt:

Idem (sc. Divus Pius) rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium ⁶⁴⁾, iuste eam procreatam ⁶⁵⁾;

63) L. 20. §. 2. D. Familias ercisco. G. BAUER cit. Diss. §. 8.

64) Die nicht florentinischen Ausgaben, als Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus, auch die neueste von Bed lesen alle apud iudicem.

65) VONR in Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5. will zwar das iuste überhaupt von einer erlaubten Verbindung verstehen, dergleichen auch der Concubinat bey den Römern gewesen sey, in quantum per leges nomen assumpsit, wie Marctian L. 3. in fin. D. de Concubinis sage. Allein das Wort iustus, oder iuste procreatus wird nur von einem solchen Kinde gebraucht, welches in einer gesetzmäßigen Ehe erzeugt worden ist. L. 11. et 12. D. de statu hom. L. 13. D. de Adopt. L. 3. §. 5. D. de honor. poss. contra tabb. Voet räumt indessen nachher selbst ein, daß wenn man unter der filia iuste procreata, eine filia legitima verstehen will, dieses ältere Recht wenigstens durch das neuere abgeändert worden sey; und in soweit hat er auch Recht.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 69

sondern eben dieses bestärkt auch Modestini L. 7. D. h. t. welche aus desselben Lib. V. Responsorum genommen ist, wo er sagt:

Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit: alimenta quidem liberis praestare interim compellendum: sin autem constiterit, eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondit ⁶⁶).

Der Concubinat war zwar seit der Lex Poppaea eine erlaubte Verbindung, aber nie eine coniunctio legitima. Es war ein beissender Scherz, in welchem der Kaiser Aelius Verus bey Spartian ⁶⁷) sagte: *Uxorem dignitatis esse nomen, concubinam voluptatis*. Daher sagte man auch eben so von den liberis naturalibus, sie wären *sine patre filii* ⁶⁸),

66) Mehrere Ausgaben lesen *generari respondi*, wie Ha Ioander, Taubozza und Bed. Andere *generari respondit*, z. B. Mitäus und Meritius.

76) *In vita Aelii Veri* Cap. 5.

68) Man vergleiche hier vorzüglich HEINECCI Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 4. §. 4. pag. 169. sqq. und Ge. Zach. WINCKLERI Diss. de genuino concubinitus ex mente Legum Romanar. conceptu. Lipsiae 1744. §. 15. wo aus mehreren alten Inscriptionen bey GAUTERUS und REINBIUS erwiesen worden ist, daß man die filios naturales mit den Buchstaben S. P. bezeichnet habe, welches nicht so viel als Spurius, sondern *Sine Patre* heißen habe, wie auch PLUTARCH in *Probl. Quaestion Roman.* pag. 288. bemerkt hat.

wie man von andern unehelichen Kindern, welche man *spurii* oder *vulgo quaesiti* nannte, zu sagen pflegte, daß sie keinen Vater hätten, quasi *ἀπατροες* ⁶⁹⁾. Denn es war Grundsatz; *pater est, quem iustae nuptiae demonstrant* ⁷⁰⁾. Von einer Alimentationsverpflichtung des Vaters konnte daher bey den Concubinenkindern so wenig, wie bey andern unehelichen Kindern, die Rede seyn. Nur über die aus rechtmäßiger Ehe erzeugten Kinder gab das alte Röm. Recht die väterliche Gewalt dem Vater ⁷¹⁾, und auch nur solchen Kindern war der Vater zur Alimentation verpflichtet ⁷²⁾. Alle übrigen ausser der Ehe erzeugten Kinder wurden, wie Plutarch ⁷³⁾ bemerkt, so betrachtet, als wenn sie keinen Vater hätten, auch selbst die Concubinenkinder nicht ausgenommen, von denen Isidor ⁷⁴⁾ sehr treffend sagte: *solam naturam eos genuisse, non honestatem coniugii*. Der natürliche Vater war daher um so weniger verbunden, ihnen Alimente zu reichen, da ihm die Gesetze ⁷⁵⁾ in Ansehung derselben *ius nomenque patris* versagten. (Bey ihnen trat bloß die *Lex naturae* ein, welche, wie Ulpian *L. 24. D. de statu hominum* lehrt, gebietet, *ut, qui nascitur sine legitimo*

69) §. 12. *I. de Nupt.* §. 4. *I. de Success. cognator.* *L. 23. D. de Statu hom.*

70) *L. 5. D. de in ius vocando.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 116. a. Not. 54. S. 91.

71) *L. 3. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*

72) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

73) *Quaestion. Rom.* pag. 316. edit. *Francof.*

74) *Origin.* Lib. IX. Cap. 3.

75) *L. 7. Cod. de naturalib. liberis et matrīb. eorum: in fin.*

matrimonio, *matrem sequatur*. Es läßt nun hieraus sehr wohl erklären, wenn Justinian in der *Praefat. Nov. LXXXIX.* sagt: *Naturalium liberorum nomen leges Romanae olim nullo studio nullaque humanitate prosecutae sunt, sed barbarum et a Republica plane alienum credebatur.* Erst seit Constantin dem Großen finden sich wegen derselben Verfügungen im Theodosianischen Codex, welche aber zum Theil verloren gegangen, und nun zum Theil von Amedeus Peyron ⁷⁶⁾ wieder hergestellt worden sind. Diese Constitutionen hatten jedoch mehr Abschaffung des Concubinats, als Begünstigung der Concubinenkinder zum Zweck. Denn so wie Kr. Constantin durch die Erlaubniß der Ehe mit der Concubine, dem Vater den Weg zur Erwerbung der väterlichen Gewalt über die im Concubinat mit ihr erzeugten Kinder öffnete, und dadurch auch indirect die Concubinenkinder vor andern unehelichen Kindern begünstigte, indem nur sie dadurch die Rechte der ehelich gebohrnen Kinder erhielten ⁷⁷⁾; so verordnete er aus Haß

76) *S. Codicis Theodosiani fragmenta inedita, ex codice palimpsesto bibliothecae R. Taurinensis Athenaei in lucem protulit, atque illustravit AMEDEUS PEYRON, Augustae Taurinorum 1824. 4.* Vorzüglichster noch Codicis Theodosiani libri V. priores, recognovit, additamentis insignibus a WALTERO FRIDERICO CLOSSIO et AMEDEO PEYRON repertis aliisque auxit, notis subitaneis, tum criticis, tum exegeticis, nec non quadrupli appendice instruxit. *Car. Frid. Chrst. WENCK, Lipsiae 1825. 8. Lib. IV. Tit. 6. pag. 211. sqq.*

77) Es war ohne Zweifel die bis jetzt noch nicht wiedergefundene *L. 1. Cod. Th. de naturalibus filiis*, deren der *S. ZENO L. 5. Cod. Iust. eodem* gedenkt.

gegen den Concubinatus, daß nicht nur alle Schenkungen, welche der Vater seinen natürlichen Kindern, oder deren Mutter gemacht hat, an seine legitimen Kinder zurückfallen, sondern auch die Erbschaften derjenigen, welche weder legitime Kinder, noch fratres consanguineos, sororesque, oder einen Vater, sondern bloß liberos naturales, hinterlassen hätten, mit Ausschließung aller übrigen Verwandten, selbst der fratrum uterinorum, dem Fiscus anheimfallen sollten⁷⁸⁾. Diese Härte milderte zwar Kaiser Valentinian I, indem er dem Vater erlaubte, in dem Falle, da er legitime Descendenz, oder einen Vater oder Mutter hinterläßt, und mit einer Concubine Kinder gezeugt hat, diesen oder auch ihrer Mutter eine Unze d. h. $\frac{1}{2}$ im Testament zu hinterlassen, oder durch Schenkung zuzuwenden; im Falle er aber keine der genannten Personen hinterläßt, den natürlichen Kindern, oder ihrer Mutter, bis auf 3 Unzen d. i. den vierten Theil seines Vermögens zu geben⁷⁹⁾. Eben dieses bestätigte auch nochmals der K. Theodosius⁸⁰⁾. Dennoch war bis dahin

78) L. 2. Cod. Th. de natur. lib. und WENCK ad h. L. not. z. et a. pag. 212.

79) L. 4. C. Th. eodem. nach WENCK pag. 217. sq. nach GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Th. L. 1. eodem. Tom. I. pag. 392. sqq. edit. Ritter.

80) L. 6. C. Th. eodem. S. WENCK. pag. 220. sq. Hierdurch erklärt sich nun auch, wenn Justinian in Praefat. Nov. LXXXIX. sagt. A temporibus vero CONSTANTINI piae memoriae in libris Constitutionum id scriptum est: paulatim deinde Imperatores ad moderatiorem et humaniorem sententiam descendentes, leges tulerunt, quibus alii quidem permiserunt, ut a patribus quid illis daretur vel relinqueretur, alii vero modum invenerunt, quo priore naturalium con-

in keiner dieser Constitutionen von einer Alimentations-Verpflichtung des Vaters die Rede. Erst K. Justinian nahm sich der natürlichen Kinder ernstlicher an, indem er nicht nur die Art ihrer Legitimation, sondern auch das testamentarische Erbrecht derselben erweiterte⁸¹⁾. Er gab auch den natürlichen Kindern mit ihrer Mutter zuerst ein Intestaterbrecht nämlich in dem Falle, da der Vater weder legitime Descendenten noch eine rechtmäßige Ehefrau hinterläßt, wo sie dann gemeinschaftlich mit der Mutter den sechsten Theil seines Vermögens erben sollten⁸²⁾. Hierbey machte es denn aber Justinian zur ausdrücklichen Bedingung, es müsse auffer Zweifel seyn, daß der Erblasser mit der Mutter derselben wirklich im Concubinate gelebt, dieselbe also nicht nur bey seinem Leben mit ihm in einem Hause gewohnt habe, sondern auch mit ihr diese Kinder erzeugt, und von dem Erblasser als seine Kinder erzogen und ernährt worden sind. Hierher gehört die *Nov. XVIII. Cap. 5.* welche nach Homberg folgendermassen lautet:

Consideremus autem id quoque, quod circa solos *liberos naturales* humanum sit. — Parentibus enim liberorum naturalium in eorum etiam favorem testari permisimus, legitima quidem sobole existente, de una solum uncia, quam illi cum matre habeant, quod etiam antea obtinebat; legitimis vero liberis non existentibus, etiam de di-

ditione liberati, et legitimi et paternae substantiae heredes fient.

81) *L. 8. et sqq. Cod. Just. de natural. liberis.*

82) *S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. S. 127.*

midia totius substantiae parte; quod leges a nobis latae dicunt, patribus non solum in testamento, sed etiam reliquis donationibus, quas inter vivos faciunt, id agere permittentes. Haec autem constitutio de successione ab intestato loquetur, et novi quid exponet. Si enim quis moriatur non relicta legitima sobole, liberis scilicet, aut nepotibus, aut sequentibus successoribus, aut legitimaconiuge, et de substantia sua nihil disponens moriatur, — ille vero domi mulierem, dum viveret, ut concubinam, et liberos ex ea habuerit, (illis enim solis haec sancimus, quando et concubinae, quae in domo fuit, affectio, et naturalium ex ea liberorum generatio et educatio plane indubitata est) ⁸³⁾, concedimus iis, ut parentibus ab inte-

83) Ganz abweichend ist hier die versio vulgata. In dieser heißt es: (talibus enim solis haec sancimus, ubi omnino indubitatae sunt sive concubinae in domo habitae, sive naturalium ibidem proles) *et nutrimentum damus eis, et intestato parentibus morientibus duas habere uncias paternae substantiae, cum matre partiendas.* Nach dieser Version hätte also Justinian den Concubinentkindern einen rechtlichen Anspruch auf Alimentation ertheilt, auch wenn sie ab intestato dem natürlichen Vater succediren. Allein mit dem griechischen Text stimmt dieß nicht überein. In diesem lautet die Parenthese so: (τοις γαρ' τοιούτοις μόνοις ταῦτα νομοθετοῦμεν ἔνθα παντελῶς ἀναμφισβήτητος ἔσται ἢ τε τῆς παλλακῆς κατὰ τὸν οἶκον σχέσις, ἢ τε τῶν νόθων ἐκείσε γονή τε καὶ τροφή). Die Worte καὶ τροφή gehören also nicht zu den nachfolgenden διδομεν αὐτοῖς. S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 130. Not. 20. S. 483.

stato morientibus, duas uncias paternae substantiae, quotcumque etiam fuerint liberi, cum matre dividendas habeant, adeo etiam ut mater pro rata unius filii accipiat.

In einer neuern Verordnung, nämlich in der Novelle LXXXIX. Kap. 12. §. 4., hat Justinian nicht nur das Nämliche wiederholt, sondern auch zugleich verordnet, daß die natürlichen Kinder in dem Falle, da sie wegen des Daseyns legitimer Kinder ab intestato nichts erhalten, von den letztern wenigstens anständigen Unterhalt, nach der Beschaffenheit des Vermögens des Vaters, und einer darnach zu machenden billigen Bestimmung des Richters, bekommen sollen. Diese Alimente sollen ihnen auch in dem Falle, da zwar keine legitimen Kinder vorhanden sind, der Erblasser aber eine rechtmäßige Gattin hinterlassen hat, von den Erben desselben gereicht werden. Die hierher gehörige Stelle aus der Nov. 89. Kap. 12. ist §. 6. welcher folgendermassen lautet:

Si quis autem (oportet enim omnem diligentiae simul pietatisque viam inire) cum legitimos liberos habeat, etiam *naturales* relinquat, eos ab intestato nihil plane habere volumus: sed sancimus, ut *naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum a bono viro aestimando, alantur*: id quod a nostris legibus *boni viri arbitrato* dicitur. Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina *naturales liberos sibi natos habeat, ut et illi a successoribus eius alantur.*

So ist es denn nach dem Römischen Rechte keinem weitem Zweifel unterworfen, daß Concubinenkinder von ihrem Vater einen billigmässigen Unterhalt, und solchen in

dem Falle, da sie ihm ab intestato nicht succediren, auch noch von den Erben desselben fordern können. Den natürlichen Enkeln steht hingegen dieses Recht nicht zu, wie aus den letzten Worten des §. 6. erhellet, wo Justinian sagt:

Nam quod ad *nepotes naturales* attinet, illa obtineant, quae iam a nobis diserte de iis disposita sunt⁸⁴⁾.

In Ansehung der übrigen unehelichen Kinder blieb das ältere Recht unabgeändert. Man betrachtete sie als Kinder, qui patrem demonstrare non possunt, wie Modestinus⁸⁵⁾ sagt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et spurii appellantur. Nur von der Mutter konnten diese Kinder Alimente fordern, wie Ulpian sagt L. 5. §. 4. D. h. t. Ergo et matrem cogemus praesertim *vulgo quaesitos liberos alere*⁸⁶⁾. Besonders merkwürdig ist die Constitution, welche Kaiser Justinian wegen der aus Ehebruch und Blutschande erzeugten Kinder gegeben hat. Es ist Nov. LXXXIX. Cap. 16. welche nach Hombergk. also lautet:

Ultima vero legis pars nos exspectat, ut et ipsa convenientem ordinem accipiat, atque enumeremus, qui ne ipso quidem nomine naturalium.

84) L. 12. C. de naturalib. liberis.

85) L. 23. D. de Statu hom.

86) S. LEMKE Diss. cit. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentor. §. 36. sqq. BAUER Diss. cit. §. 4. und H. C. STEVER Diss. An e iure Justiniano patri incumbat onus alendi spurios? Rostochii 1816. 8.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 77

digni sint. Ac primum quidem omnis, qui ex nefariis, vel incestis, vel damnatis complexibus (neque enim nuptias vocabimus) nascitur, *is nec naturalis vocabitur, nec a parentibus aletur*: nec cum hac lege quid commune habebit.

Dieses Gesetz wird zwar auf verschiedene Art erklärt⁸⁷⁾. NooDt⁸⁸⁾ glaubt sogar, der Kaiser habe in diesem Falle den Eltern wieder erlaubt, die Kinder auszusetzen, und unkommen zu lassen, hoc praetextu, quasi e re publica esset, hoc modo expungi memoriam foedissimi sceleris, et aliis quotidiano occurso talium liberorum ad peccandum facile daturi exemplum. Ich glaube aber nicht, daß es Justinian's Meinung gewesen, diesen Kindern allen Unterhalt zu entziehen. Wie hätte ihm entgehen können der Ausspruch des Paulus in seinen Pandecten *L. 4. D. h. t. NECARE videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abiicit, et qui alimonia denegat?* Ich verstehe das Gesetz vielmehr so, daß solche Kinder, welche aus einem Ehebruch oder Incest erzeugt worden sind, nicht die Rechte der Concubinenkinder, und folglich auch keinen Anspruch auf Alimonte gegen den Vater haben sollen, wie der ganze Zusammenhang lehrt⁸⁹⁾. Dem sey indessen, wie ihm wolle, nach der Billigkeit des Canonischen Rechts⁹⁰⁾ ist solchen Kindern auch selbst der Vater den nothwendigen Lebens-

87) S. meine Intestaterbfolge. S. 137.

88) Commentar. ad Dig. h. t. §. Hasc. Tom. II. Oper. pag. 534.

89) S. meine Intestaterbfolge §. 137. S. 507. f.

90) Cap. 5. X. de eo, qui dicit in matrimonium, quam pollut per adulterium, nach der Böhmerischen Ausgabe

unterhalt zu geben schuldig, indem es beyden Eltern die Pflicht auflegt, für ihre im Ehebruch oder sonst ex damnato complexu erzeugten Kinder zu sorgen. Die Praxis legt daher unbestritten dem Vater, nach der Analogie des Canonischen Rechts, überhaupt die Pflicht auf, unehelichen Kindern aller Art, wenigstens die natürlichen Alimente, und zwar noch vor der Mutter, zu geben⁹¹⁾.

vom P. CLEMENS III. nach Gonzalez Tellez aber vom P. CORLESTINUS III. — *Noati enim, quod LEO Papa statuit, ut nullus ducat in matrimonium uxorem, quam adulterio polluit. — Sollicitudinis tamen tuae intererit, ut uterque liberis suis procreatis provideat, et secundum quod eis suppetant facultates sustentationi eorum necessaria subministret.* Mehrere läugnen zwar, daß das Römische Recht hierin durch das Canonische abgeändert worden sey. S. Spangenberg Ueber die Verpflichtung der Aeltern, ihre im Ehebruch erzeugten Kinder zu alimentiren. (im Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer, i. B. Nr. V. S. 83—95. und Raucher Noch ein Beytrag zur Rechtfertigung des doctrinellen Lehresages: auch nach dem canonischen Recht ist den aus Ehebruch erzeugten Kindern eine Klage auf von dem ehelichen Vater zu reichende Alimente nicht gegeben. (in eben demselben Archiv 3. B. Nr. XXVI. S. 441—448.). Allein man sehe meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge 2. Aufl. §. 137. S. 509—519. Mit mir stimmen über ein MÜHLENBRUCH *Doctrina Pandectar.* Vol. II. §. 242. Not. 6. pag. 75. THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts.* 1. B. §. 348. und Weber *Erläuterungen der Pandecten.* 2. Th. §. 1287. S. 176.

91) S. CARPZOV *Jurispr. for.* Part. IV. Coñst. XXVII. Def. 5. J. H. ВОЗНМБА *Jur. eccles. Protest.* Tom. V.

§. 1287.

Gewißheit der Paternität 1) bey ehelichen Kindern. *Actio praesudicialis de partu agnoscendo*. Darauf sich beziehenden Senatusconsulte. *Plancianum*, und sub *Hadriano factum*.

Soll aber dem Vater die Verbindlichkeit zur Ernährung seiner Kinder obliegen, so muß die Paternität erwiesen seyn. Hier ist nun in Ansehung der Kinder ein Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen. Soviel

1) die ehelichen Kinder anbetrifft, so wird zwar, wenn in *possessorio* darüber gestritten wird, kein vollständiger Beweis erfordert, sondern für hinreichend gehalten, wenn nur soviel dargethan werden kann, daß das Kind von dem bisher als eheliches Kind behandelt worden sey, von welchem, oder aus dessen Erbschaft die standesmäßigen Alimente verlangt werden²⁾. Im *petitorischen* Rechtsstreite hingegen wird Anerkennung des Kindes erfordert. Hier lassen sich nun zwey Fälle gedanken. Ich erkenne ein Kind für das meinige, entweder weil ich es wirklich gezeugt habe, und mich zum Vater desselben bekenne; oder ich erkenne ein Kind, dessen Ursprung gegenwärtig für mich noch räthselhaft ist, für das meinige,

Lib. V. Tit. 16. §. 14. *IDEM iur. Digestor. h. t. §. 7.*
CARRACH Adnotat. ad Boehmeri doctrin. de Actionib.
Sect. II. Cap. 1. §. 29. pag. 84. sq. *HOFACKER Princip.*
iur. civ. Tom. I. §. 557. Not. b. *THIBAUT Syst. des*
Pand. Rechts. 1. B. §. 348. und Ge. Jac. LINDNER
Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos. Altorf.
1796. §. 3. et 4.

2) *L. 3. §. 4. D. de Carbon. Edicto. Cap. 10. X. de*
probat. G. Struben's rechtliche Bedenken 3 Th.
Bed. CXXXI. und Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1287.

weil ich dasselbe, wegen eines besondern Umstands, nach Verordnung der Gesetze für das meinige anerkennen muß, wenn auch gleich die Paternität gegen mich noch nicht erwiesen ist. In jenem Falle gründet sich die Anerkennung auf Paternität, und regulirt den Zustand der Filiation so, daß derjenige, welcher sich einmal zum Vater des Kindes bekannt hat, diese Situation durch keine Präjudicialklage mehr verrücken kann⁹³). In dem letzten Falle aber enthält das Factum der Agnition noch kein Geständniß der Paternität, sie setzt mich zwar vor der Hand in das Verhältniß eines Vaters gegen das Kind, und verpflichtet mich zur Ernährung, worauf gegen mich geklagt worden ist; aber es muß mir der Beweis des Gegentheils, daß ich nämlich nicht Vater des Kindes sey, welches ich auf diese Art anerkennen mußte, nachgelassen werden⁹⁴).

Verweigerung der Agnition eines dem Ehemann von seiner rechtmässigen Ehefrau geböhrnen Kindes berechtigt

93) *Nov. CXVII. Cap. 2. Praeterea etiam illud sancire nobis visum est, si quis filium vel filiam ex libera uxore, cum qua matrimonium consistere potest, suscepit, et in instrumento, sive publico, sive propria manu conscripto, et subscriptionem trium testium fide dignorum habente, vel in testamento, vel ad acta, illum vel illam, filium suum vel filiam esse dicat, nec addat naturalem: ut liberi illi legitimi sint, neque ab ipsi ulla alia probatio exigatur, sed omnibus iuribus fruantur, quae legitimis liberis leges nostrae praebent: quippe cum illorum pater eos, ut dictum est, liberos suos vocet. Exinde enim eum etiam cum matre eorum legitimum habuisse matrimonium probatur, ut neque ab illa ad matrimonii fidem alia probatio requiratur.*

94) *L. 1. §. 12. 13. 14. et 15. D. h. t. L. 7. D. eodem.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. § 1.

die Frau gegen den Mann zu klagen. Die Klage ist die Präjudicialklage *de partu agnoscendo*, welche Justinian in seinen Institutionen ⁹⁵⁾ unter diejenigen Präjudicialklagen setzt, die aus der Jurisdiction des Prätors ihren Ursprung herleiten, das heißt, durch das prätorische Edict eingeführt worden sind ⁹⁶⁾. Von den Kaisern Diocletian und Maximian ⁹⁷⁾ wird sie daher *præjudicium Edicto perpetuo propositum* genannt. Es ist diejenige Präjudicialklage, welche die Mutter gegen den Vater ihres Kindes auf Anerkennung und Alimentation desselben anstellt ⁹⁸⁾. Diese Klage unterscheidet sich von andern Präjudicialklagen darin, daß sie nur der Mutter gegen den Vater des Kindes, aber weder dem Vater gegen die Mutter, noch dem Kinde gegen den Vater zusteht ⁹⁹⁾. Schon der Name der Klage rechtfertigt diese Behauptung. Denn das Kind wird nie in Rücksicht des Vaters, sondern nur immer im Verhältniß zur Mutter *partus* genannt. Nur diese fordert also mit der gegenwärtigen Klage vom Vater die Agnition ihres Partus.

95) §. 13. *J. de Actionib.*

96) Das Wort *iurisdictio* wird in den Gesetzen öfters für *edictum* genommen. *S. VINNIUS Comm. ad §. 5. l. de Actionib. nr. 4.*

97) *L. 9. Cod. de patria potest.* Man vergleiche noch *Car. Frid. WALCH ad HOPPII Commentar. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. de Actionib. §. 13. nr. 5. not. c. pag. 897.*

98) *S. Christian Smelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. Erlangen 1781. 8.*

99) Man sehe hier vorzüglich *Arn. VINNIUS Commentar. in Institution. Justin. ad §. 13. de Actionib. nr. 5. et 6.* und *Car. Christoph. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 501. Not. b.*

Hätten die Gesetze auch dem Vater diese Klage geben wollen, so würden sie ihr gewiß den Namen der *actio praeiudicialis de partu agnoscendo* nicht gegeben haben, weil ja der Vater nicht die Agnition seines *partus* von der Mutter verlangen kann ¹⁰⁰⁾. Was wollte auch der Vater durch diese Klage zu bezwecken suchen? etwa um sich dadurch von der Verbindlichkeit zur Alimentation zu befreien, und diese Verbindlichkeit auf die Mutter zu wälzen? Denn müßte er aber den negativen Satz, daß er nicht Vater des Kindes sey, zum Klagegrunde aufstellen, und die Präjudicialklage *de partu agnoscendo* zur negativen umbilden, wie auch Böhmer ¹⁾ wirklich zu behaupten scheint. Allein dieß würde eines Theils ganz gegen die Natur der Klage streiten, andern Theils auch schon darum zwecklos seyn, weil auch selbst die Agnition der Mutter ihn seiner Vaterpflichten nicht überheben kann, wenn er sonst bemittelt, und überhaupt in einer solchen Lage ist, daß er die Verpflegung des Kindes aushalten kann ²⁾. Berücksichtigte hingegen der Vater, indem er die Agnition seines Kindes von der Mutter sucht, andere Vortheile, die der Filiationsstand des Kindes gegen die Mutter in sich schließt, und die mittelbar auch ihm zu gute kommen; so würde er, da er bey der Filiationssache seines Sohns für sich selbst nicht unmittelbar interessirt ist, nicht sowohl seine eigne, als vielmehr die Rechte seines Kindes geltend machen. Er würde mithin im Namen seines Kindes, und nicht für sich selbst die Klage erheben, und dann könnte doch die Klage, wegen des Abgangs

100) S. Smelin §. 7. S. 19.

1) Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 1. §. 39.

2) Smelin's angef. Schrift. §. 9.

seines eignen unmittelbaren Interesse, nicht die actio de partu agnoscendo seyn. Wozu bedarf es denn aber auch überhaupt der besondern Agnition der Mutter, wenn der Vater das von ihr gebohrne Kind für sein eheliches Kind anerkennt? Sie mag ja immerhin behaupten, daß das Kind nicht von ihrem Manne, sondern von einem andern im Ehebruch mit ihr erzeugt sey; so kann doch ein solches Geständniß der Mutter dem Vater in Ansehung des durch die Ehe erworbenen Rechts der väterlichen Gewalt auf keine Weise zum Nachtheil gereichen ³⁾. Es wäre also erwiesen, daß die Präjudicialklage de partu agnoscendo nur allein der Mutter gegen den Vater ihres Partus zu statten komme. Der Vater kann sich derselben gegen die Mutter des Kindes nicht bedienen. Die Gesetze dieses Titels sprechen überall nur von der Präjudicialklage gegen den Vater ⁴⁾. Ob nicht aber auch das Kind selbst durch diese Klage seinen Filiationsstand gegen den Vater geltend machen könnte, wenn der Vater es nicht für sein Kind anerkennen will, ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten getheilte Meinung sind: Mehrere Rechtsgelehrten ⁵⁾ bejahen diese Frage ohne Bedenken. Allein schon der Name der Klage widerspricht. Behauptet das Kind durch eine Präjudicialklage seinen Filiationsstand gegen den Vater, der es nicht für sein Kind anerkennen will; so

3) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 159. S. 277.

4) L. 1. L. 3. D. h. t.

5) *Conr. RITTERSPHORIUS* Commentar. in Institut. Justin. Lib. IV. Tit. 6. ad §. Praejudiciales. pag. 619. *Ev. ORTO* Commentar. et not. crit. ad Instit. Institut. ad §. 13. I. de Action. nr. 5. *Chr. Frid. MÜHLENBRUCH* Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 257. pag. 108. edit. prim. u. a.

ist diese Präjudicialklage die affirmative Filiationsklage, aber keinesweges die actio praeiudicialis de partu agnoscendo ⁶⁾. Man vernehme noch die Erläuterung, welche Theophilus ⁷⁾ von unserer Präjudicialklage giebt. Er sagt:

Τοιαύτη δὲ ἐστὶ καὶ ἡ in rem praeiudicialis de partu agnoscendo, ἣτοι περὶ τοκετοῦ διαγνώσεως οἶον, εἶχον ἐγὼ γαμετὴν ἐγκύμων γέγονεν ἐξ ἐμοῦ διελύθη βρεπιδίω ὁ γάμος ἐτέχθη παῖς οὐκ ἠβουλόμην τοῦτον τρέφειν δύναται κινεῖν κατ' ἐμοῦ ἢ γυνῆ, ἀναγκάζουσα με ἄσπε δρέψαι τοῦτον τὸν παῖδα, καὶ ἀναγκάσει με, εἴγε ἀποδείξῃ ὅτι ἐξ ἐμοῦ γέγονεν ἐγκύμων. d. h. Von dieser Art ist auch die actio in rem praeiudicialis de partu agnoscendo, oder über die Anerkennung des Kindes. Zum Beispiel, ich hatte eine Gattin, sie wurde von mir schwanger; die Ehe ward durch Scheidung getrennt; es wurde ein Knabe geboren, diesen wollte ich nicht erziehen; die Frau kann gegen mich klagen, um mich zur Alimentation des Kindes anzuhalten, und sie wird mich dazu nöthigen, wenn sie beweist, daß sie von mir schwanger geworden sey.

6) *L. ult. Cod. de alend. lib.* Die *L. 3. §. 1. D. de lib. causa*, welche dagegen angeführt zu werden pflegt, gehört gar nicht hierher. S. *Jac. Thom. GAUDLITH Diss. de actionibus familiae praeiudicialibus. Lipsiae 1767. §. 9.* Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 378. ff. *THIBAUT System des Pand. Rechts. 1. B. §. 386.* Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 106. *MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. P. I. §. 125.*

7) *Paraphr. graeca Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 13.*

De agnosc et alendis liberis, vel parentibus etc. 85

Weil jedoch der Beweis der Paternität mit vielen Schwierigkeiten verbunden ist, so sind zur Erleichterung desselben, und zur Begründung dieser Präjudicialklage zwey Senatusconsulte gegeben worden, nämlich das Plancianische, und ein anderes, welches unter dem Kaiser Hadrian gemacht worden ist, worin die Fälle näher bestimmt sind, in welchen die Frau zu dieser Klage ihre Zuflucht nehmen, und der Mann das von ihr gebohrne Kind entweder anerkennen muß, oder der Paternität widersprechen kann. In der oben angeführten *L. 9. C. de patria potestate* werden sie Senatusconsulta de partu agnoscendo genannt ⁸⁾. Es sind darin zwey Fälle berücksichtigt. Der Streit über Anerkennung eines Kindes zwischen Mann und Frau entsteht entweder erst nach der Ehescheidung, oder noch während der Ehe. In jenem Falle hat das Senatusconsultum Plancianum die Bestimmungen genau angegeben, unter welchen die geschiedene Wittin den Mann zur Anerkennung und Alimentation ihres Partus auffordern kann. In dem letzten Fall aber, da die noch wirkliche Ehefrau wegen eines unläugbar während der Ehe erzeugten Kindes sich genöthiget sieht, die Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen ihren Mann zu erheben, der es nicht anerkennen will; begründet das

8) Die actio praejudicialis de partu agnoscendo ist also durch diese Senatusconsulte nicht erst eingeführt worden, wie DONELLUS in Comm. ad §. 13. I. de Action. dafür hält; sondern die Klage erhielt nur durch diese Senatusconsulte ihre detaillirtere Bestimmung in der Anwendung auf die mancherley dahin gehörigen Fälle. S. JAC. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 18. Contr. RITTERSHUSIUS in Commentar. ad §. 13. I. de Actionib. in fin. pag. 620. und SmeI in §. 1. Not. d. C. 8.

andere Senatusconsult die rechtliche Vermuthung der Paternität auf ihrer Seite, und das Kind muß so lange, bis das Gegentheil von dem Beklagten dargethan ist, für ein rechtmäßiges Kind desselben erklärt werden. Von beyden Senatusconsulten handelt Ulpian *libro XXXIV, ad Edictum*, von dem ersten L. 1. h. t. von dem andern L. 3. §. 1. eodem.

§. 1287. a.

Erläuterung des Plancianischen Senatusconsults, besonders der L. 1. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. et 16. h. t.

Ulpian sagt, das Senatusconsultum Plancianum⁹⁾ habe aus zwey Theilen bestanden; der erste habe

- 9) In vielen Ausgaben wird dieses Senatusconsultum *Plautianum* genennt. Man sehe Haloander, Bauhoza, Merlin und Mirauá ad L. 1. §. 10. et ad L. 3. §. 1. D. h. t. Die Glossatoren nenhen es auch nie anders. Eben so *Alphons. a CARRANZA* in Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. I. Sect. I. nr. 35. pag. 27. Allein die florentinische Lesart ist unstreitig die richtigere. S. *Ant. SCHULTING* Notae ad Dig. seu Pandect. edit. a *Smalenburg*. Tom. IV. h. t. ad L. 3. §. 1. pag. 371. Denn wahrscheinlich hat dieser Senatusschluß seinen Namen vom *PLANCIUS VARUS*, dessen *TACITUS Histor. II. 63.* gedenkt, und welcher nach einer griechischen Münze unter *Vespasian* Proconsul Ciliciae war. Da nun nur viri consulares diese Würde zu bekleiden pflegten, so ist sehr glaublich, daß dieser *PLANCIUS* vorher vielleicht unter eben diesem Kaiser Consul suffectus gewesen, welche in den Fastis consularibus nicht erwähnt werden. Das Alter des Senatusconsulti Planciani wird daher nicht ohne Grund in die Zeiten des Kaisers *Vespasian* gesetzt. S. *Jo. Gottl. HEINECCI* Histor. iur. civ. Lib. I. Cap. IV. §. 234. *Jo. Aug. BACH* Hi-

von Anerkennung, der andere von Unterschlebung der Kinder gehandelt¹⁰⁾. Der erste Theil gehört nur eigentlich hierher. Ulpian hat uns den Inhalt desselben aufbehalten, und ihn folgendermassen dargestellt.

Permittit igitur mulieri, parentive, in cuius potestate est, vel ei, cui mandatum ab eis est, si putet praegnantem, denunciare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito, vel parenti, in cuius potestate est: aut domum¹¹⁾ denunciare, si nullius eorum copiam habeat¹²⁾.

Et mulier quidem denunciat hoc tantum, se esse ex eo praegnantem: non ergo hoc denunciat, ut mittat custodes maritus, sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas: mariti

stor. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. III. §. 55. und Andr. Guil. CAMERII D. Vespasianus sive de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. Jenae 1785. pag. 143. sqq. et pag. 157. Sobel ist richtig, daß das SCtum Plancianum noch vor den Zeiten des Ks. Hadrian gemacht seyn müsse, wie aus dem Zeugniß Ulpian's erhellet L. 3. §. 1. h. t. Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian S. 583. der 8. Aufl. setzt es unter die der Zeit nach ungewissen Senatschlüsse.

10) L. 1. pr. D. h. t. Senatusconsultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur: unam eorum, qui agnascunt: aliam earum, quae falsum partum subiciunt.

11) Haloandet liest ad domum denunciare, Merlin, Baubozz und Mirgus haben das Wort ad eingeklammert. Allein der Ausdruck domum denunciare kommt öfters vor, S. L. 4. §. 5. D. de damna infecto.

12) L. 1. §. 1. D. h. t. de agnosc. et alendis liberis etc.

autem est, iam aut mittere custodes, aut ei denuntiare, quod non sit ex eo praegnans. Hoc autem vel ipsi marito, vel alii nomine eius facere permittitur ¹³⁾).

Poena autem mariti ea est, ut nisi aut custodes praemiserit, aut contra denuntiaverit, non esse ex se praegnantem, cogatur maritus partum agnoscere, et si non agnoverit, extra ordinem coerceatur. Debet igitur respondere, non esse ex se praegnantem, aut nomine eius responderi. Quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit ¹⁴⁾).

Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere. Sed si maritus ultro custodes offerat, et ea non admittat: vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit: liberum est marito parentive eius, partum non agnoscere ¹⁵⁾).

Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnantem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnans sit ¹⁶⁾. Quae causa si fuerit acta

13) L. 1. §. 3. h. t.

14) L. 1. §. 4. h. t.

15) L. 1. §. 5. et 6. eod.

16) Haloander hat: an ex eo mulier praegnans sit, nec ne? Eben so Daubozz, Metlin, Wirsäus und Béd. Diese Lesart, wenn man die erst nachher in der folgenden Periode erscheinenden Worte nec ne, hier mit den Worten praegnans sit verbindet, biliget auch Jav-

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 89

apud iudicem, et pronuntiaverit, cum de hoc ageretur, quod ex eo praegnans fuerit, nec ne¹⁷⁾, in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum¹⁸⁾.

Das Senatusconsultum Plancianum erlaubt also der geschiedenen Frau, wenn sie glaubt, daß sie schwanger

eratus Meditat. crit. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. XVII. 11.

- 17) Die Worte: *nec ne*, fehlen bey Haloander, Merlin, Baudoza, Mitäus und Bed. Jauchius in Meditat. crit. de Negation. Pandect. Florentin. Cap. XVIII. 1. pag. 336. meint auch, sie stünden hier ganz am unrechten Orte. Hier müßten sie weggestrichen werden, weil ja der Judex unmöglich habe aussprechen können, quod ex eo praegnans fuerit, *nec ne*. Eobiel ist gewiß, die *Basilica* haben sie nicht. In diesen heißt es Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 1. §. 9. *ei de διαγνώσκων ο δικαστής περί τοῦ εἰ ἐξ αὐτοῦ ἐγκυμονεῖ, ἀποφύνηται ἐξ αὐτοῦ ἐγκυμονεῖν, γίνεται γνήσιος ἢτοι ἐπεξόσιος. i. e. Si vero iudex cognoscens, an ex eo praegnans sit, praegnantem ex eo pronuntiaverit, suus fit filius, et patriae eius potestati subiectus.* Es läßt sich indessen die florentinische Redart vollkommen rechtfertigen, wenn man mit Porzina in Pand. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. a. pag. 82. die Worte auf folgende Art construirt: Quae causa si fuerit acta apud iudicem, et cum de hoc ageretur, (so lesen Baudoza und Merlin) quod (i. e. an) ex eo (viro) praegnans fuerit, nec ne, pronuntiaverit, in ea causa esse (sc. partum), ut agnosci debeat: sive filius non fuit, sive fuit, (propter rei iudicatae auctoritatem dicendum est) esse suum. Man sehe auch Voorn Thea. controvers. Decad. XV. §. 2. in fin.

18) L. 1. §. 16. h. t.

sey, dem Manne, oder wenn dieser etwa noch in väterlicher Gewalt seyn sollte, dem Vater desselben, binnen den nächsten dreßsig Tagen nach der Ehescheidung, von ihrer Schwangerschaft Nachricht zu geben. Eben dieses Recht steht auch dem Vater der Frau zu, in dessen Gewalt sie noch ist, oder wem sonst die Frau, oder deren Vater den Auftrag dazu geben. Ist keiner zu haben, dem die Anzeige gemacht werden könnte, so kann sie in dem Hause geschehen, welches der Mann in der Stadt, oder auf dem Lande bewohnt, wenn er nur daselbst seinen fixirten Wohnsitz hat. So erklärt hier Ulpian das Wort *domus* L. 1. §. 2. h. t. Er sagt:

Domum accipere debemus hospitium ¹⁹⁾, *si in civitate maneat: quod si non sit, sed in villa, vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent.*

- 19) Das Wort *hospitium* bezeichnet also hier ein Wohnhaus, worin man sich nicht bloß eine Zeitlang, sondern für beständig aufhält; dieß mag nun in der Stadt, oder auf dem Lande seyn. Zwar sagt Ulpian, *si in civitate maneat*; allein nur in der Beziehung, weil die Landhäuser mehr zum Vergnügen, als zur Wohnung eingerichtet, und daher auch zur Aufnahme von Fremden selten geeignet waren. Daher fügt Ulpian hinzu: *quod si non sit, sed in villa, vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent*; um dadurch anzuzeigen, daß Haus auf dem Lande müsse ein *hospitium*, ein Wohnhaus seyn. Die *Villa* oder das *Municipium*, welches hier nichts anders heißt, als *vicus agrestis*, mußte also als *domicilium matrimonii* auserschen seyn. Die hier vorkommenden besondern Wortbedeutungen hat Barssoni nicht bemerkt, man sehe aber *Ulr. HERRN Digression. Iustinian. Lib. I. Cap. 12. §. 3. pag. 501. 19.* So

Die Absicht ihrer Denunciation geht nicht dahin, daß der Mann gewisse Personen zur Aufsicht (custodes ventris) schicke. Nein, sie hat das Ihrige gethan, wenn sie ihn von ihrer Schwangerschaft benachrichtiget hat. Dem Manne hingegen kommt es zu, entweder von seiner Seite Aufseher zu schicken; damit nicht die Frau ein falsches Kind unterschiebe, oder solches von einem Andern untergeschoben werde; oder gegen die Denunciation seiner Frau, daß sie von ihm schwanger sey, zu protestiren. Diese Erklärung kann von dem Manne selbst, oder auch von einem Andern im Auftrage des Mannes geschehen.

Hat der Mann weder das eine noch das andere gethan, so muß er zur Strafe den partus anerkennen, und wenn er sich dessen weigert, so wird er durch angemessene Zwangsmittel dazu genöthiget. Wenn Ulpian sagt: *et si non agnoverit, extra ordinem coeretur*; so ist dieses von keiner eigentlichen Strafe zu verstehen, wie Gerh. Noodt ²⁰⁾ hier sehr richtig bemerkt hat; sondern

erklärt sich nun auch, wenn Ulpian sagt: *ubi iure matrimonio collocarent*. Ich bemerke hier nur noch, daß statt *collocarent*, viele Ausgaben *collocaverunt* lesen, z. B. Halpander, Baubaza, Merlin und Miräus. *Collocarunt* liest Beck. Bentmann will *collocarint*, und SCHULTING in *Notis ad Dig. seu Pand. Tom. IV. h. t. ad L. 1. §. 2. pag. 368. collocarant* lesen.

20) *Julius Paulus. Cap. 3. (Oper. Tom. I. pag. 571.)* Er erklärt sich nun auch die *denunciata poena*, deren die R.R. Diocletian und Maximian L. 9. C. *de patria potest.* Erwähnung thun, wofür Noodt mit Cujaz *denunciati poena* lesen will; wie ich auch schon oben S. 65. bemerkt habe. Jedoch glaubt CRAMER in Ves-

es geht dieses *coercere* bloß auf die civilrechtlichen Zwangsmittel, welche der Prätor hier gebrauchen konnte, nämlich *mulctae dictio*, und *pignorum captio*, deren Ulpian an einem andern Orte ²¹⁾ namentlich gedenkt.

Der Mann darf also auf die Denunciation der Frau nicht stille-schweigen, sondern er muß entweder selbst darauf die Erklärung abgeben, oder durch einen Dritten in seinem Namen abgeben lassen, daß sie von ihm nicht schwanger sey. Hat er dieß gethan, so ist er anders nicht schuldig, das Kind als das seinige anzuerkennen, als wenn erwiesen ist, daß es wirklich sein Kind sey.

Die Denunciation nimmt also nicht von dem Manne, sondern von der Frau ihren Anfang, weil nur die Frau wissen kann, und wissen muß, ob sie schwanger sey oder nicht. Schickt jedoch der Mann aus eigener Bewegung Aufseher, und die Frau weigert sich dieselben anzunehmen, oder die Frau hat die Denunciation gänzlich unterlassen, oder sie hat zwar dem Manne ihre Schwangerschaft angezeigt, aber die ihr darauf von dem Manne zugesandten Aufseher nicht zugelassen; so braucht nun auch weder der Mann, noch sein Vater das Kind anzuerkennen,

Hätte aber auch der Mann auf die Denunciation der Frau sogleich widersprochen, daß sie von ihm schwanger sey; so kann er dennoch, wenn er auch gleich der Frau keine Aufseher ins Haus geschickt hat, der Untersuchung, ob sie von ihm schwanger sey, nicht ausweichen. Hat sich's nun bey dieser Untersuchung gefunden, daß sie von

pasiano pag. 164. daß sich die gemeine Lesart *denunciata poena* auch vertheidigen lasse, wenn man sie so versteht, *poena, quae Senatusconsulto comprehenditur.*

21) L. 1. §. 3. D. de inspiciendo ventre.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 93

ihm schwanger sey, und der Richter auch erlannt, daß der Partus in dem Falle sey, wo er von dem Manne anerkannt werden muß, so ist das Kind nun als ein suus filius vom Ehemann anzusehen, er mag Vater dazu seyn, oder nicht. Und zwar nicht bloß in Rücksicht der Alimentation, sondern auch in jedem andern Betracht. Fit suus, wie Iulian²²⁾ sagt, *libro XIX. Digestorum, in omnibus causis*. Es wird sogar ein consanguineus von seinen Geschwistern.

Eben so ist es aber auch in dem umgekehrten Falle, wenn der Richter den Ausspruch thut, der Mann sey nicht der Zeuger des Kindes. Hier wird das Kind kein suus vom Ehemann, wenn dieser auch wirklich der Vater des Kindes seyn sollte. So sagt Ulpian *libro XXXIV. ad Edictum*²³⁾:

Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere: et ita MARCELLUS *libro septimo Digestorum* probat. Eoque iure utimur.

Der Grund ist die Rechtsregel: res iudicata pro veritate accipitur²⁴⁾. Wofür Jemand einmal rechtskräftig erklärt worden ist, dafür muß er auch nun von einem jeden Andern angesehen und gehalten werden²⁵⁾.

22) L. 2. D. h. t. C. CUJACIUS ad h. L. Tom. III. Oper. postumor. a FABROTO editor. pag. 137. et 139.

23) L. 3. pr. D. h. t.

24) L. 25. D. de Statu hom. L. 207. D. de divers. Reg. iur.

25) C. den 3. Th. dieses Commentars. §. 272. C. 599. f.

§. 1287. b.

Ergänzungen des Plancianischen Senatschlusses durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten.

L. 1. §. 7 — 15. h. t.

Durch die Interpretation der Rechtsgelehrten, besonders des Julians, ist nun dasjenige, was das *Senatusconsultum Plancianum* unbestimmt gelassen hatte, ergänzt, und dadurch dieser Senatsschluß sehr erweitert worden. Die Hauptsätze, welche durch die Auctorität der Röm. Juristen sind eingeführt worden, lassen sich unter folgenden Nummern zusammenfassen.

I. Hat die Frau nicht binnen der gesetzten Frist von 30 Tagen nach der Ehescheidung, sondern erst nachher dem Mann ihre Schwangerschaft angezeigt, so kann sie gegen diese Versäumniß in *integrum restituit* werden, wenn sie eine rechtmäßige Entschuldigungsursache darthun kann. Die Frau kann dabey auffer aller Schuld seyn, sie kann nicht gewußt haben, daß sie schwanger sey, oder sie kann von ihrem Vater verhindert worden seyn. Es kann ihr auch, wie die Glosse bemerkt, ihre Minderjährigkeit zu statten kommen. Ja wenn sie auch die Denunciation ganz unterlassen haben sollte, so schadet dennoch dieses nach der Meinung Julians dem von ihr gebohrnen Kinde nichts, wenn erwiesen werden kann, daß es von dem geschiedenen Manne gezeugt sey. Das Kind kann auch in diesem Falle selbst durch die *actio de filiatione affirmativa* seine Rechte verfolgen.

L. 1. §. 7. 8. et 13. D. h. t.

Si mulier esse se praegnantem intra triginta dies non denuntiaverit, postea denuntians, causa cognita, audiri debet.

Quinimmo et si in totum omiserit denuntia-

tionem; JULIANUS ait, nihil hoc nocere ei, quod editur ²⁶).

Idem per contrarium quoque ait, si mulier, divortio facto, non fecerit ea, quae Senatusconsulto praecipuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit, eum filium esse.

II. Die dreßsig Tage, binnen welchen die Denunciation geschehen muß, werden vom Tage der Ehescheidung an gerechnet, und sind keine dies utiles, sondern continui ²⁷).

L. 1 §. 9. h. t.

Dies autem triginta *continuos* accipere debemus ex die divortii, non utiles.

III. Hat die Frau binnen den dreßsig Tagen nach der Ehescheidung ihre Schwangerschaft dem Mann nicht angezeigt, sie hat aber noch binnen dieser Zeit ein Kind geboren, so schadet diese Unterlassung weder ihr, noch dem Kinde, wie Ulpian dafür hält. Denn auf diesen Fall, sagt Julian, auf den sich hier Ulpian beruft, finde der Plancianische Senatsschluß keine Anwendung, weil darin die dreßsig Tage bloß zur Anzeige der Schwangerschaft vorgeschrieben sind. Das Senatusconsult hat also an den Fall gar nicht

26) In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 1. §. 9. pag. 751. heißt es: καὶ τῷ τικτομένῳ πρόκρυμα οὐ γίνεται, ὅτι πρὸς τὰ δίκαια τοῦ νόου, ὅτι περὶ τὴν ἀποτροπὴν. i. e. et partui nullum praeciudicium fit, neque in iure sui, neque in alimentis.

27) S. den 3. Th. dieses Commentars. §. 269. a. S. 554 ff.

gedacht, da binnen diesen 30 Tagen schon das Kind geboren wird.

L. 1. §. 10. h. t.

Elegantior autem apud JULIANUM *Libro nonodecimo Digestorum* quaeritur, si intra dies triginta mulier marito non denunciaverit, et intra triginta partum ediderit: an Senatusconsulto locus sit? Et ait, *Plancianum Senatusconsultum cessare: quia de eo partu non videtur sentire, qui intra diem trigesimum nascatur, quippe dies triginta ad denunciandum praestituit Senatus.* Sed hanc rem non facere praeeudicium partui arbitratur.

Ulpian sagt zwar hier nur, die Unterlassung der Denunciation sey dem Partus nicht nachtheilig. Allein daraus läßt sich nicht a contrario schließen, daß sie deswegen der Frau oder dem Manne zum Nachtheil gerechete, nämlich daß jene ihr Kind nun selbst ernähren, oder dieser es schlechterdings anerkennen müßte. Nein, keiner von beyden verfällt hier in die Strafe des Senatusconsults. Das ist es, wenn Julian sagt: *Plancianum Senatusconsultum cessare* 28).

IV. Eben so kann daraus, daß der Mann, auf die geschehene Denunciation der Frau, Aufseher geschickt hat, keine nachtheilige Folge für ihn erwachsen. Er ist dessen ungeachtet immer noch befugt, dem Partus die Paternität streitig zu machen. Denn Marcellus sagt, der Mann läugne, daß die Denunciante seine Frau, oder daß sie von ihm schwanger sey, er kann deswegen ohne allen Nachtheil Custodes schicken, zumal wenn er bey der Absendung derselben eine Protestation einlegt.

28) S. CRAMER *Vespasianus*. pag. 161.

L. 1. §. 11. h. t.

Quemadmodum per contrarium, si maritus, uxore denuntiante, custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit²⁹⁾. Licetbit igitur ei partum editum ex se negare: nec ei nocebit, quod ventrem custodierit. Et ita MARCELLUS libro septimo Digestorum scripsit: ait enim, *sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem, sine praeiudicio recte mittet custodes; maxime si missurus id ipsum protestetur*³⁰⁾.

V. Wenn gleich nach den Worten des Plancianischen Senatusconsultums der Ehemann das von seiner geschiedenen Frau gebohrne Kind für das seinige anerkennen muß, wenn er auf die geschehene Denunciation seiner Frau, daß sie von ihm schwanger sey, weder Custodes geschickt, noch vor Zeugen erklärt hat, daß sie von ihm nicht schwanger sey; so ist er doch deswegen nach Julian's Meinung das Kind noch nicht als einen suus heres anzuerkennen schuldig, wenn er beweisen kann, daß es ein partus adulterinus sey. Die gesetzmäßige Anerkennung macht nur, daß er dem Kinde die Alimente geben muß, und dann begründet freylich diese Anerkennung eine starke Vermuthung für das Kind, wenn dereinst über den Status gestritten wird, dessen quæstio hierdurch nicht aufgehoben ist.

29) Brentman in der Gebauer. Ausgabe meint, daß *faciet* gelesen werden müsse. Die Florent. hat *faciat*. Allein Haloander, und die meisten Ausgaben, auch die neueste von Beck lesen *facit*.

30) Die *Basilica* Tom IV. pag. 750. in fin. haben ἀπολό-
τως γίνεται ἢ περὶ τοῦ τοκετῶ ἕτησις. i. e. *citra
impedimentum de partu habetur quæstio.*

L. 1. §. 19. D. h. t.

JULIANUS libro XIX. Digestorum scripsit: Quod Senatusconsulto comprehensum est: Si mulier viro denuntiaverit, se ex eo concepisse, et is, cui denuntiatum erit, custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit, neque contestato ³¹⁾ dixerit, eam ex se praegnantem non esse, ut ei id, quod editum sit, agnoscere sit necesse, non eo pertinet, ut, si quis agnoscere ³²⁾ se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit: quandoque ³³⁾ enim ³⁴⁾, inquit, coepit causa agi,

31) *Contestato* i. e. coram testibus. G. RICHTER Tr. de Significat. Adverbiorum. Voc. *Contestato*. pag. 156. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 751. ist das Wort *διαμαρτέρηται* gebraucht, welches soviel als *contestari* i. e. testibus adhibitis aliquid declarare heißt. G. BRASSONIUS de Verb. Significat. voc. *Contestari*.

32) Haloander liest hier: non eo *pertinere*, ut, quasi *iudicio* agnoscere se filium diceret. Eben so Beck. Ohne Noth emendirt hier VOORDA Thes. controvers. Dec. XV. §. 1. und liest: *ut sic, quasi agnoscere* etc.

33) *Quandoque* ist hier soviel als *quandocunque*, wie Ant. SCHULTING Not. ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 369. bemerkt, und SMALLENBURG Not. 1. aus mehreren Beyspielen erwiesen hat. *Quandocunque* lesen auch einige Ausgaben, z. B. Haloander.

34) Das *enim* erklären einige durch *vero*, wie VOORDA Thes. controuv. Decad. XV. §. 1. in fin. andere durch *etiam*, wie POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VI. Not. a. pag. 81. Allein man sehe CUSACII Commentar. in Libr. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Oper. postum.* a FABROTO editor. Tom. III. pag. 139.)

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 99

grande praeiudicium ³⁵⁾ adfert pro filio confessio patris.

VI. Hat der Mann auf die Denunciation seiner geschiedenen Frau bloß Custodes abgeschickt, ohne zu widersprechen, daß sie von ihm schwanger sey, so muß er den Partus schlecht hin agnosciren. So lehrt Paulus ³⁶⁾:

Si mulier, divortio facto, gravidam se sciat, intra tricesimum diem viro denuntiare debet, vel patri eius, ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quibus missis partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere.

Und nichts scheint wohl natürlicher zu seyn. Denn die Absendung der Aufseher kann ja keine andere Absicht haben, als die Unterschlebung des Partus zu verhindern, und die Gewißheit desselben außer Zweifel zu setzen. Wie kann der Mann hier der Agnition ausweichen, wenn er nichts weiter that, als daß er custodes abschickte? Auf diesen Fall scheint Paulus allein seinen ganzen Vortrag gerichtet zu haben, denn von einer Contradiction, die von Seiten des Mannes geschehen wäre, sagt er nichts. Sein Ausspruch steht also mit Ulpian und Marcellus in keinem Widerspruche, welche den Fall vor Augen hatten, da der Mann der Denunciation seiner geschiedenen Ehefrau widersprochen hat, nämlich daß sie von ihm nicht schwanger sey. Hier kann aus der Absendung der Aufseher für den Ehemann freylich nichts Nachtheiliges gefolgert werden.

35) Grande praeiudicium heißt hier soviel als urgens praesumptio. In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 751. lin. 9. wird das Wort $\pi\rho\lambda\eta\psi\iota\varsigma$ gebraucht, welches soviel, als Vermuthung, heißt.

36) *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 24. §. 5.*

Denn es läßt sich annehmen, daß er die Custodes nur in der Absicht hingeschickt habe, damit, wenn auch die Frau die Paternität erweisen könnte, und er vom Richter für den Vater des Kindes erklärt werden würde, die Unterschiebung eines Kindes dadurch verhindert werden sollte. Es erscheint nun auch hieraus klar, daß Anton Schulzings³⁷⁾ Emendation in der Stelle des Paulus, welcher, statt *quibus missis*, verneinend, *quibus non missis* lesen will, eben so kühn, als ganz unnöthig sey³⁸⁾.

VII. Hat auf der entgegengesetzten Seite die Frau, nach aufgehobener Ehe, dasjenige nicht beobachtet, was das Senatusconsultum ihr vorgeschrieben hat, so daß also auch der Ehemann nicht schuldig ist, den Partus für sein Kind anzuerkennen; so ist er deswegen nicht von allem weitem Ausspruche frey, sondern er muß, wie Julian behauptet, alsdann immer noch die Alimentation des Kindes übernehmen, wenn erwiesen worden ist, daß der Partus von ihm gezeugt sey.

L. 1. §. 13. D. h. t.

Idem per contrarium quoque ait, si mulier, divortio facto, non fecerit ea, quae Senatusconsulto praecipuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit, eum filium esse.

VIII. Eben so, sagt Julian, ist es, wenn die Frau dem Manne ihre Schwangerschaft angezeigt, und

37) Jurisprud. vet. Antejust. pag. 314. Not. 9.

38) S. Voorda Thes. controversar. Dec. XV. §. 3. GRAMER Vespasianus. pag. 164. sq. und Smellin über die Präjudicialfrage de partu agnoscendo. §. 22. S. 52. ff.

der Mann von seiner Seite nicht widersprochen hat. Hierdurch wird der Partus noch nicht schlechterdings zu seinem Kinde gemacht, ob er gleich denselben ernähren muß. Denn sonst würde daraus die offenbare Ungerechtigkeit entstehen, daß dem Manne, welcher lange Zeit abwesend war, wenn er bey seiner Zurückkunft findet, daß die Frau schwanger ist, und sie deswegen verstößt, ein suus heres geböhren werde, weil er die gesetzliche Vorschrift nicht befolgt hat.

L. 1. §. 14. h. t.

Idem JULIANUS scribit, si, uxore denuntiante se praegnantem, maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici: cogendum tamen alere. Ceterum ³⁹⁾ esse satis iniuriosum ait, si

39) Die Florentine liest hier *Ceterum si*. CHEVALLON, MERLIN, BAUDOZA, und MIRAEUS haben: *Ceterum si cesset*. HALOANDER: *Ceterum si esset*. Allein alle diese Lesarten geben keinen rechten Sinn, zumahl da in den angeführten Ausgaben mit den folgenden Worten: *satis iniuriosum esse ait*, nach vorher gemachten Unterscheidungszeichen, ein neuer Satz oder Periode angefangen wird. Daß übrigens auch Handschriften so lesen, bemerkt BRENKMAN in der Gebauer. Ausgabe. Die Versuche, durch Emendation den Sinn herzustellen, sind sehr verschieden. Einige lesen statt *Ceterum si esse*, *ceterum sic esse*, wie BYNKERSHOORN. Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 23. BEST Ratio emendandi Legg. Cap. I. VII. 1. pag. 35. (edit. Neuhaus.) und VOORDA Thes. contro. Dec. XV. §. 4. Andere verwechseln das *si* in *is*, und beziehen es auf Julian, wie Jo. Guil. HOFFMANN in Observation. var. s. Meletemat. ad Pandect. Diss. XXII. §. 10. CRAMER in Vespasiano pag. 166. sq. meint mit CONTIUS ad h. L., es

quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem praegnantem invenerit, et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae Senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.

IX. Aus allem diesen erscheint nun soviel, daß wenn die Frau dasjenige unterlassen hat, was sie nach dem Senatusconsultum hätte beobachten sollen, sie dadurch dem Sohne, der wirklich ein Sohn ihres ehemaligen Gatten ist, nicht präjudiciren könne, weder in Rücksicht der Suität, noch in Ansehung der Alimente, so wie auch Divus Pius rescribirt hat ⁴⁰). Und eben so wenn der

sey hier eine Ellipsis vorhanden. Man müsse nämlich aus dem Vorhergehenden wiederholend ergänzen: *Ceterum si non negaverit, esse satis iniuriosum etc.* In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. pag. 751. lin. 14. heißt es bloß: *Γίνεται δὲ ἡ ζήτησις. τί γὰρ ὅτι πολὺν ἀποδημήσας χρόνον εὗρεν ἔγκυον τὴν γαμετήν.* i. e. *Habetur autem quaestio. Nam quid si, quum longo abfuisset tempore, praegnantem uxorem invenit? Christfr. WACHTLER in Opuscul. iurid. philologic. a Trotz edit. pag. 451. et 484. sq.* wirft daß si, als überflüssig und sinnlos, heraus. Mit Hinweglassung des si lesen auch *Hugo a PORTA* (*Lugdani* 1572. f.) und *Jo. Lud. Guil. BECK.* (*Lipsiae* 1825. 8.) Uebrigens bleibt hier Uptan seinem Styl getreu. Das Wort *ceterum* bedeutet auch hier soviel, als *alias*, oder *alioquin* S. den 27. Th. §. 1281. Not. 57. S. 397.

- 40) Das Kind kann mit der Filiationsklage immer noch seinen Filiationsstand verfechten. Die Mutter des Kindes hingegen würde mit der Präjudicialklage *de partu agnoscendo* die Agnition ihres Kindes ohne vorhergehenden Beweis der Paternität gegen den Mann nicht behaupten können.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 103

Mann auch von seiner Seite die Befolgung der gesetzlichen Vorschrift vernachlässiget hat, kann er zwar dem Kinde die Alimente nicht entziehen, aber er kann ihm doch nachher die Filiation noch streitig machen.

L. 1. §. 15. D. h. t.

Ex his apparet, sive uxor omiserit, quae eam ex Senatusconsulto observare oportuit, nihil praedjudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem, secundum Divi Pii rescriptum: sive maritus neglexerit facere, quae ex Senatusconsulto debet: natum cogitur omnimodo alere; ceterum recusare poterit filium.

§ 1287. c.

Verhalten der Wittwe gegen den Großvater ihres Kindes. L. 3. §. 2. D. h. t.

Das Plancianische Senatusconsultum ging eigentlich bloß auf den Fall, wenn die Ehe durch Scheidung war getrennt worden. Wie aber, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt worden, und die Wittwe nun bemerkt, daß sie schwanger sey? Lebt der Vater noch, unter dessen Gewalt der verstorbene Mann stand, so daß das Kind, wenn es noch bey Lebzeiten seines Vaters gebohren worden wäre, in die väterliche Gewalt des Großvaters gekommen seyn würde; so entspricht es dem Geist des Senatusconsultums vollkommen, daß die Frau im Falle einer durch den Tod ihres Mannes erfolgten Ehetrennung sich gegen ihren Schwiegervater eben so zu verhalten habe, wie gegen den Mann, wenn sie noch bey dessen Leben von ihm geschieden worden wäre. Denn so wie sie nach

dem Plancianischen Senatusconsultum auch dem Schwiegervater, unter dessen Gewalt der geschiedene Mann stand, ihre Schwangerschaft so gut anzeigen konnte, als ihrem Manne, weil der Partus dereinst auch unter des Großvaters Gewalt kommen mußte ⁴¹⁾; so muß sie nun, nach dem Tode ihres Gatten, die entdeckte Schwangerschaft ihrem Schwiegervater anzeigen, weil das noch ungebohrne Kind, vermöge rechtlicher Fiction, für schon gebohren gehalten wird, wenn von dessen Nutzen die Rede ist ⁴²⁾, und dieser Fall ist offenbar hier vorhanden. Aber auch der Schwiegervater würde sich dagegen seiner Seite auf die nämliche Art in Ansehung ihrer zu betragen haben, wie der Mann, wenn er die Agnition des Partus von sich entfernen will ⁴³⁾. Unter diesen Umständen haben denn auch die Gesetze der Mutter die Präjudicialklage *de partu agnoscendo* namentlich gegen den Schwiegervater mitgetheilt. Hierher gehört die Stelle aus *Ulpian's libro XXXIV. ad Edictum*.

L. 3. §. 2. D. h. t. Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur, avo superstite, in cuius potestatem recasurus est ⁴⁴⁾, ut ⁴⁵⁾ si ex filio

41) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

42) *L. 7. D. de Statu hominum.*

43) *S. Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. §. 26.*

44) In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 751. Const. 3. heißt es: *αὐτὸν ἔχειν ἐπιεξουσίαν. i. e. qui eum in potestate sua sit habiturus.*

45) Statt *ut*, lesen einige Ausgaben, *z. B. Haloander und Mikäus*, *κτ. Βεῖ hat weder ut noch et. Die Basilica* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 3. pag. 751.

eius susceptus probetur? videndum, quid dici debeat. Et certe probandum est, cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum.

War der verstorbene Mann nicht mehr in der väterlichen Gewalt, so kann auch nach dem Tode desselben, der Großvater sich keine Rechte der väterlichen Gewalt über den nachgebohrnen Enkel anmassen. Die Wittwe kann also hier den Großvater, in dessen väterliche Gewalt ihr partus nicht kommen wird, wenn er auch erwiesenermassen wirklich Enkel von ihm wäre, mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo nicht belangen. Der Grund ist, weil die Verbindlichkeit der entferntern Ascendenten zur Alimentation, wenn sie nicht aus der väterlichen Gewalt herfließt, bloß subsidiarisch ist, und erst dann eintritt, wenn Vater und Mutter auffer Stand sind, dem Kinde die Alimente zu geben. Die Mutter hat also im Verhältniß zum Großvater ihres Partus die Verbindlichkeit zur Alimentation immer in einem vorzüglichen Grade auf sich, und so lange sie selbst Vermögen hat, aus welchem sie dieselbe bestreiten kann, kann sie den Großvater nicht in Anspruch nehmen. Nimmt man aber auch den Fall an, der Vater sey in Armuth gestorben, und die Mutter ganz unvermögend das Kind zu ernähren, so wird auch hier die Präjudicialklage de partu agnoscendo nicht Statt finden. Denn was hätte sie für ein Interesse diese Klage zu erheben? Von der Verbindlichkeit das Kind zu ernähren, spricht sie ja schon ihre eigne Armuth frey. Darin liegt aber eigentlich das Interesse der Mutter bey der gedachten Präjudicialklage, daß sie sich dadurch von einer Verbindlichkeit zu befreyen sucht,

haben: *si ex toto idō traxerit, siquidem ex filio susceptus fuerit.*

die sie sonst in ihrem ganzen Umfang übernehmen müßte. Dieser Umstand hindert übrigens das Kind nicht, von dem Großvater die Alimente zu verlangen. Die Klage des Kindes gegen den Großvater wäre dann die affirmative Filiationsklage, wenn ihm derselbe die Kindtschaft streitig machen sollte, oder die Alimentenklage, wenn der Großvater zwar das Kind für seinen Enkel anerkennt, aber doch demselben die Alimente zu geben sich weigern sollte. Hier könnte sich aber auch die Mutter der Sache ihres Kindes unterziehen ⁴⁶⁾.

§. 1287. d.

Senatusconsulti Planciani caput de falso partu supposito.

Das andere Kapitel des Plancianischen Senatusconsultums handelte nach Ulpian ⁴⁷⁾ von Unterschlebung eines unächtigen Kindes, ist übrigens ganz unbekannt ⁴⁸⁾. Nur soviel lernen wir aus den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten, daß die Unterschlebung von Kindern als ein Kapitalverbrechen behandelt, und sowohl an der Frau, als an der Hebamme, die das falsche Kind herbeigeschafft hat, mit dem Tode bestraft worden sey ⁴⁹⁾. *Publice*

46) S. Gmelin's angef. Schrift. S. 27. und S. 28.

47) L. 1. pr. D. h. t.

48) S. Alphons. a CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. V. pag. 373. sqq.

49) L. 1. C. ad Leg. Cornel. de falsis. PAULUS Sentent. Receptar. Lib. II. Tit. 24. §. 9. S. Ant. SCHULTINGO Jurisprud. vet. Antejustin. ad h. L. not. 17. pag. 315. In der Folge ward die Todesstrafe bloß auf humiliores und Sklaven beschränkt. Freye Personen vom Stande wurden mit der Deportation bestraft. PAULUS Sent. Recept. Lib. V. Tit. 25. §. 1. bey SCHULZINGE o. l.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 107

enim interest, sagt Ulpian⁵⁰⁾, *partus non subici,*
ut ordinum dignitas familiarumque salva sit. Ob
das Plancianische Senatusconsultum diese Strafe eingeführt
habe, läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen, obwohl es
fast zu glauben ist⁵¹⁾. Denn so gelind auch übrigens
K. Vespasian war, so streng verwaltete er doch sein
Censoramt; und so verhaßt waren ihm alle Fälschungen⁵²⁾.
Die Anklage dieses Verbrechens stand jedoch nur den Eltern,
und denen zu, welche dabei interessirt waren, nicht jedem
andern⁵³⁾. Sie sollte aber keiner Verjährung unter-
worfen seyn⁵⁴⁾, jedoch die Untersuchung bis zur Zeit der

pag. 513. sqq. §. 7. *J. de public. iudic.* S. CARRANZA
cit. Tract. Cap. V. nr. 11. sq. pag. 381. und Jac. GO-
THOFREDUS Comm. ad L. 2. Cod. Theodos. ad Leg.
Cornel. de falso. Tom. III. Lib. IX. Tit. 19. pag. 180.
Nr. IV. edit Ritter.

50) L. 1. §. 13. *D. de inspic. ventre.*

51) S. CRAMER Vespasian. pag. 171. sq.

52) SUTTONIUS in *Tito Flav. Vespasiano.* Cap. 8. 11. 22.
et 23.

53) L. 30. §. 1. *D. de Lege Cornelia de falsis.*

54) L. 19. §. 1. *D. eodem.* PAULUS libro V. *Sententiarum.*
Accusatio suppositi partus nulla temporis praescrip-
tionis depellitur: nec interest, decesserit neo ne ea,
quae partum subdidisse contenditur. Einige wollen
zwar dieses Gesetz nur von der praescriptio ordina-
ria, nicht aber von der, bey den Verbrechen üblichen
Verjährung von zwanzig Jahren, verstehen. Von dieser
sey das crimen suppositi partus nicht ausgenommen.
So CUVACIUS Observation. Lib. IV. cap. 14. und CAR-
RANZA cit. Tract. Cap. V. nr. 35. pag. 387. Allein
diese Meinung ist ausführlich widerlegt worden von
RAD. FORNERIUS Rerum quotidianar. Lib. I. Cap. 4.

Pubertät aufgeschoben werden, wenn dem Kinde selbst die Rechtheit der Geburt bestritten wird, cum metus potest esse, ne minus idonee defendatur, wie Ulpian ⁵⁵⁾ sagt: Bey der causa capitalis selbst gegen diejenigen, welche sich des Verbrechens schuldig gemacht haben, soll dieser Aufschub nicht statt finden ⁵⁶⁾.

§. 1287. e.

Senatusconsultum sub Hadriano factum de agnoscendo partu.

Da das Plancianische Senatusconsultum nur auf Kinder sich beschränkte, welche erst nach der Ehescheidung geboren werden, so entstand die Frage, wenn ein Kind während der Ehe geboren wird, welches der Ehemann nicht für sein Kind erkennen will, ob auch die Gattin während der Ehe mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo gegen ihren Mann klagen könne? Für diesen Gegenstand lag in dem Umfang des Plancianischen Senatusconsultums keine Bestimmung. Es wurde daher noch ein anderes Senatusconsultum darüber unter dem Kaiser Hadrian gemacht, dessen Ulpian libro XXXIV. ad Edictum gedenkt. Er sagt nämlich L. 3. §. 1. D. h. t.

Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus DIVI HADRIANI factum est, ut etiam, si constante matrimonio partus sit editus, DE AGNOSCENDO EO agatur ⁵⁷⁾.

(in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 132.) Man sehe auch CRAMER *Vespasian.* pag. 173.

55) L. 1. §. 11. D. de Carboniano Edicto.

56) L. 1. C. ad Leg. Cornel. de falsis.

57) *Ren. BOTTEREAU* in Hadriano legislatore (adj. *Christ. God. HOFFMANNI* *Histor. iuris Rom. Iustinian.* Vol. II.

Dieses Senatusconsultum giebt also auch der noch wirklichen Ehefrau die Präjudicialklage de partu agnoscendo wegen eines während der Ehe gebohrnen Kindes; wenn es der Ehemann für sein Kind nicht erkennen will. Hier braucht die Frau, als Klägerin, über den Grund der Klage keinen Beweis zu führen, weil sie die rechtliche Vermuthung für die Paternität auf ihrer Seite hat. Denn die Gesetze halten den Ehemann für den rechtmäßigen Vater solcher Kinder, die ihm während der Ehe von seiner rechtmäßigen Frau gebohren worden sind. *Filium eum definimus, sagt Ulpian libro IX. ad Sabinum* ⁵⁸⁾; *qui ex viro et uxore eius nascitur. Daher die Regel: Pater is est, quam nuptiae demonstrant* ⁵⁹⁾. Das Kind muß also so lange für ein rechtmäßiges Kind des Ehemannes gehalten werden, bis das Gegentheil vom dem Manne auf eine solche Art, die keinen Zweifel übrig läßt, dargethan worden ist ⁶⁰⁾. Der Grund dieser rechtlichen Vermuthung beruhet theils in der Begünstigung der Ehe, theils in dem täglichen Umgange des Mannes mit der Frau ⁶¹⁾. *Non enim ferendum, JULIANUS ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus, nolit*

P. II. pag. 185.) setzt dieses Senatusconsultum in das Jahr der E. R. 886. in welchem HIBERNUS und JUNIUS SILANUS Consuln waren. Allein das Jahr läßt sich so genau nicht bestimmen. S. BACH Hist. iurisprud. Rom. Lib. III. Cap. II. Sect. II. §. 6.

58) L. 6. pr. D. de his, qui sui vel alien. iur. sunt.

59) L. 5. D. de in ius vocando.

60) S. Aug. a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXII. medit. 1 et 2.

61) S. Henr. Göttfr. BAUER Responsor. iuris. Vol. I. Resp. XLIII. pag. 180.

filium adgnoscoere, quasi non suum ⁶²⁾). Der Mann, welcher im ununterbrochenen Umgange mit der Frau gelebt hat, wird sich daher der Anerkennung des Kindes aus dem Grunde allein nicht mit Recht entziehen können, daß sich die Frau eines Ehebruchs schuldig gemacht habe. Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obiiicitur, infanti praeiudicat, sagt Papinian ⁶³⁾, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse. Es müssen nur nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit eintreten, die jene rechtliche Vermuthung aus dem Wege räumen. Dahin gehört, wenn die Frau schon im siebenten Monat nach vollzogener Ehe, oder wohl gar noch früher ein vollkommen reifes Kind geboren hätte, und der Ehemann den frühen Beyschlaf mit derselben läugnet. Denn nach den unveränderlichen Gesetzen der Natur tritt die Geburtszeit eines völlig reifen und ausgetragenen Kindes erst nach neun und dreißig bis vierzig Wochen, oder zweihundert und achtzig Tagen ein ⁶⁴⁾. Zwar sagt Paulus *libro XIX. Responsorum* ⁶⁵⁾:

Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri HIPPOCRATIS: et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

Allein daß hier unter dem *partus perfectus* kein vollkommen ausgetragenes Kind, sondern nur eine

62) *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt.*

63) *L. 11. §. 9. D. ad Leg. Jul. de adulter.*

64) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin S. 85. der 2. Aufl. So lehrte auch schon M. Barro bey Gal-livs *N. A.* III. 10.

65) *L. 12. D. de statu hominum.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. III

Lebensfähige Leibesfrucht, (partus vitalis) zu verstehen sey, ist schon an einem andern Orte ⁶⁶⁾ bemerkt worden. Ein solches lebensfähiges Kind, kann nun zwar auch ein siebenmonatliches Kind seyn, aber es ist noch kein zeitiges Kind, sondern trägt überall sichtbare Merkmale der Unvollkommenheit an sich ⁶⁷⁾. Wird ein solches Kind während der Ehe geboren, so ist es nach rechtlicher Vermuthung für ein eheliches Kind, und der Ehemann für desselben Vater zu halten, weil es physisch möglich ist, daß das Kind binnen dieser Zeit durch ehelichen Beyschlaf hat gezeugt werden können ⁶⁸⁾. Hierauf gehen die Worte des Paulus in der angeführten Stelle:

Et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

Ob aber dieser siebente Monat von dem Anfange, oder von dem Ablaufe desselben zu verstehen sey, wird hier nicht bestimmt. Paulus meinte unstreitig das letztere, wie aus einer Stelle seiner *Sententiarum Receptarum* Lib. IV. Tit. 9. §. 5. erhellet, wo er sich darüber näher erklärt hat. Dasselbst sagt er:

Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo PLENO, aut decimo mense partus maturior videatur.

66) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 115. S. 87. der 2. Aufl.

67) Merkwürdig ist das Zeugniß des CICERO *Epist. ad Atticum* Lib. X. Ep. 18. *Tullia mea peperit puerum ἐπταμηνιαῖον* (septimestrem) — *quod quidem est natum, perimbecillum est.* Mehrere Beispiele führt PLINIUS *Histor. Natur.* Lib. VII. cap. 4. an.

68) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 116. b. S. 103. ff.

Die pythagoreische Zahl, auf deren Eigenschaft hier Paulus seine Meinung von der Lebensfähigkeit einer siebenmonatlichen Leibesfrucht gründet, ist die Zahl Sieben, welche die Alten als eine Zahl verehrten, in der etwas Göttliches verborgen liege ⁶⁹). Pythagoras hatte diese mystische Zahlenlehre von den Aegyptiern und Juden erlernt, welche damals in der Sklaverey der erstern sich befanden, und unter denen Pythagoras lebte, ehe er sich nach Griechenland begab ⁷⁰). Das große Ansehen dieses Philosophen, welcher die Menschen lehrte, daß er aus bessern Saamen entsprossen sey, als andere Sterbliche ⁷¹), läßt uns nicht wundern, daß seine Lehre von der Heiligkeit der Zahl Sieben in die griechische und römische Gesetzgebung überging ⁷²). Man berechnete aber die Zahl Sieben, wie Macrobius ⁷³) uns lehrt, so, daß man sagte, sie bestehe entweder aus Eins und Sechs, oder aus Zwey und Fünf, oder aus Drey und Vier, um die Vollständigkeit derselben anzuzeigen. Es

69) Die Zeugnisse der Alten findet man bey *Car. Annib. FABROTUS de tempore partus humani. Exerc. I. p. 11. sqq.* (adj. *Alphonso a CARRANZA Genevae 1629. 4. mai.*) Diesen ist noch beizufügen die Stelle aus *SENECA de Beneficiis Lib. VII. cap. 1. nr. 5.*

70) *S. Ge. SCHUBART de Fatis iurisprud. Rom. Exerciti II. §. 42.* und *MORHOF Polyhistor. Tom. II. Lib. II. Cap. VI. §. 4.*

71) *ARLIANUS SOPHISTA Variar. Historiarum Lib. IV. cap. 17. §. 1.* bezeugt dieses mit folgenden Worten: *Εδίδασκε Πυθαγόρας τοὺς ἀνθρώπους, ὅτι κρείττονων γεγενήται σπερμάτων, ἢ κατὰ τὴν φύσιν, τὴν θνητὴν.*

72) *S. FABROTUS l. c.*

73) *In Somniam Scipionis Lib. I. cap. 6.*

konnte also der siebente Monat nach dieser Berechnung anders nicht, als vom Ablaufe desselben zu verstehen seyn. Noch deutlicher aber erhellet dieß aus den Nachrichten des *Censorinus* ⁷⁴⁾: Dieser erzählt uns zuerst ⁷⁵⁾, die Alten hätten häufig darüber gestritten, *quoto post conceptionem mense infantes edi soleant*. *HIPPON METABONTINUS*, sagt er, *a septimo ad decimum mensem nasci posse existimavit: nam septimo partum iam esse maturum, eo quod in omnibus numerus septenarius plurimum possit: siquidem septem formemur mensibus, additisque alteris recte consistere incipiamus, et post septem menses dentes nobis innascantur, iidemque post septimum cadant annum, quarto decimo autem pubescere solemus*. Nun fährt er fort: *Huic opinioni in parte aliqua repugnant alii, alii in parte consentiunt. Nam septimo mense parere mulierem posse, plurimi affirmant. Jetzt fährt Censorinus alle diejenigen an, welche dieses behaupten, und diejenigen, welche es läugnen. Zuletzt kommt er auf den Pythagoras, dessen Lehre er für die wahrscheinlichste hält. PYTHAGORAS autem, sagt er ⁷⁶⁾, quod etat credibilis, dixit, partus esse genera duo, alterum septem mensium, alterum decem: sed priorem aliis dierum numeris conformari, aliis posteriorem. Diese Zahl der Tage giebt er hiernächst folgendermassen an ⁷⁷⁾.*

74) *De die natali*. Cap. VII—XI.

75) Cap. VII.

76) Cap. IX.

77) Cap. XI.

His expositis, — redeo ad propositum: ut doceam, quid PYTHAGORAS de numero dierum ad partus pertinentium senserit. Primum, ut supra ⁷⁸⁾ memoravi, generaliter duos esse partus dixit: alterum minorem, quem vocant *septemestrem*, qui *decimo et ducentesimo die* post conceptionem exeat ab utero; alterum maiorem, *decemestrem*, quā edatur *die CCLXXIV.* quorum prior ac minor, senario maxime continetur numero ⁷⁹⁾.

Alles dieses wird nun noch weiter aus dem successiven Wachsthum und Bildung der Leibesfrucht nach der Zahl der Tage auf das genaueste nachgewiesen. Diese Lehre des Pythagoras stimmt also ganz mit der Lehre unserer heutigen Aerzte überein, nach welcher jede vor Ablauf des siebenten Monats, d. h. vor dem 210ten Tage nach der Empfängniß gebohrne Leibesfrucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt; dennoch zur Fortsetzung

78) Cap. IX.

79) Hieraus ergiebt sich nun klar, wie ganz unnöthig, ja den Worten des Paulus offenbar widersprechend die Emendation des großen Ger. Nooſt sey, welcher in seinem sonst trefflichen Commentar. ad Dig. Lib. I. Tit. 6. (Opp. Tom. II. pag. 26.) die Worte in der angeführten Stelle des Paulus auf folgende Art versetzen will: *ut aut septimo, aut pleno decimo mense partus maturior videatur*, wie *Alb. Guil. Aug. Broeker* in *Commentat. de partu septimestri eoque spurio non legitimo ad L. 12. D. de statu homin. Lips. 1805. 8. S. 2.* sehr gründlich gezeigt hat.

des Lebens unfähig, und also für nicht lebensfähig zu halten sey ⁸⁰⁾).

In der Pandectenstelle beruft sich nun zwar Paulus auf die Auctorität des gelehrten Hippocrates, allein auch dieser stimmte hierin mit dem Pythagoras vollkommen überein ⁸¹⁾). In dem Buche *de partu septimestri* (*περὶ ἐπταμήνου*) sagt er freylich: *Septimestres autem nascuntur diebus centum et octoginta duobus, et insuper accedente diei particula* ⁸²⁾; allein man hält dieses Buch für untergeschoben ⁸³⁾). In seinem achten Buche *περὶ σαρκῶν* (*de carnibus*) erklärt sich Hippocrates auf eine Art, die mit der pythagoreischen Zahl vollkommen übereinstimmt. Er sagt nämlich: *Puer septimo mense natus certa ratione in lucem prodit, et vitalis est, cum is rationem et numerum (i. e. rationem numeri) exacte ad hebdomodas respondentem habeat.* Noch deutlicher aber in folgenden Worten: *At septimo mense editus partus tres hebdomadarum decurias obtinet, et ad unamquamque decuriam dies concurrunt septuaginta.*

80) S. Hente Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 94. (ber 2. Auf. Berlin 1819.)

81) S. BECKER Commentat. cit. §. 7. pag. 25. sqq.

82) S. VAN DER LINDEN Oper. Hippocraticis. Tom. I. pag. 167.

83) S. FABROTI Exercit. I. de tempore partus humani. §. Atque haec sunt. bey CARRANZA pag. 14. und Kurt Sprengel's Apologie des Hippocrates und seiner Grundsätze. Th. 1. §. 62. S. 88.

Tres itaque hebdomadarum decuriae in totum DIES DUCENTOS ET DECEM faciunt.

Der Sinn ist, wenn man beyde Stellen mit einander verbindet, folgender: „Ein Kind, welches nach sieben Monaten geboren wird, kommt nach einem richtigen Zeitverhältniß zur Welt, und ist lebensfähig, indem sich sein Alter genau nach Hebdomaten verhält und berechnen läßt. Eine siebenmonatliche Leibesfrucht hat also gerade drey mal zehen Hebdomaden zurückgelegt, welche im Ganzen zwey hundert und zehen Tage ausmachen.“

Rechnet man nun mit Hippocrates die Woche zu sieben Tagen; oder den Monat nach dem Laufe des Mondes zu dreißig Tagen; so kommen gerade sieben Monate heraus. Denn eine *decuria hebdomadam* enthält einen Zeitraum von 70 Tagen, und so machen also *tres decuriae hebdomadam* gerade 210 Tage aus, wie auch Pythagoras rechnete ⁸⁴⁾.

84) FABROTUS Exercit. cit. pag. 8. Vorzüglich aber gehört hierher die merkwürdige Stelle aus CICERO *de Natura Deorum*. Lib. II. cap. 27. *Itaque, ut apud Graecos Dianam eamque Luciferam, sic apud nostros Junonem Lucinam in pariendo invocant. — Adhibetur autem ad partus, quod ii maturascunt aut SEPTIEM nonnunquam, aut, ut plerumque, NOVENI LUNAE CURSIBUS: qui, quia mensa spatia conficiunt, MENSES nominantur.* Man vergleiche übrigens hier noch vorzüglich Mende Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Th. §. 142. u. 143. S. 354. ff.

Darin waren aber alle einverstanden, daß eine siebenmonatliche Leibesfrucht zwar lebensfähig, aber doch noch sehr schwach sey ⁸⁵⁾, so daß man sie, wie uns Aristoteles ⁸⁶⁾ berichtet, in Wolle einzuwickeln pfliegte.

Mit dieser Berechnung stimmt nun aber freylich nicht überein, was Ulpian sagt *L. 3. §. 12. D. de suis et legitimis heredibus*:

De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, HIPPOCRATES scripsit, et DIVUS PIUS Pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum.

Hier wird also, mit Berufung auf Hippocrates, und ein Rescript vom Divus Pius, ein Zeitraum von hundert und zwey und achtzig Tagen für das *iustum partus legitimi tempus* angenommen ⁸⁷⁾,

85) So sagt HOMERUS *Iliad. P. II. XIX. v. 117 sq. p. 204. ex recens. Frid. Aug. WOLFIL. (Lipsiae 1817. 8.)* von Eristeus:

— — — — ἀ δ' ἑβδομος ἐστίναι μείζ.

ἐξ δ' ἀγαγε πρὸ φώσσε, καὶ ἠλιπάρμηνον ἔορτα.

— — — — *hicque septimus erat mensis.*

Eduxitque in lucem, licet immaturum existentem.

Man erinnere sich auch an die oben aus CICERO *ad Atticum Lib. X. Epist. 18.* angeführte Stelle. Vergl. noch ZACHIAS *Quaestion. medico legal. Lib. I. Tit. II. Quaest. IV. nr. 37.*

86) *De animalium hist. Lib. VII. bey CARRANZA Cap. X. nr. 24. pag. 465. Qui septimo mense, vitalis quidem hic primus exit, sed magna ex parte infirmior, quamobrem canabalis ex lana eum obvolvunt, et fasciis adligant.*

87) In dem untergeschobenen Buche des Hippocrates *de partu septimestri* heißt es auch nach der Ueberset-

welche gerade den Anfang des siebenten Monats ausmachen. Vergleichen wir nun damit, was unsere Aerzte ⁸⁸⁾ lehren, daß, der allgemein bestätigten Erfahrung zu Folge, zur Lebensfähigkeit eines frühzeitig gebornen Kindes schlechterdings ein vollständiger siebenmonatlicher Aufenthalt des Fötus im Mutterleibe erfordert werde, so daß jede vor Ablauf des siebenten Monats, d. h. vor dem Anfang der 31sten Woche, oder vor dem zweyhundert zehnten Tage

zung von van der Linden Tom. I. pag. 167. *Septimestres autem nascuntur diebus centum et octoginta duobus ac dimidio, et insuper accedens diei particula.* Wende in dem ausführlichen Handbuche der gerichtlichen Medicin (Leipzig 1821.) 2. Th. §. 142 und 143. S. 353—356. hält die Bestimmung von 182 Tagen für ächt hippocratisch, und glaubt, daß sich der Widerspruch lösen lasse, wenn man annimmt, durch jene Bestimmung solle nur der früheste Zeitraum der Lebensfähigkeit bezeichnet werden. Die Zahl von 182 Tagen fülle aber gerade sechs und zwanzig Hebdomaden aus, so daß also die Lebensfähigkeit von der vollendeten sechs und zwanzigsten bis zur vollendeten dreyßigsten Hebdomade gerechnet werde. Wird nun diese Berechnung auf Kalendermonate zurückgeführt, und setzt man den Anfang der Schwangerschaft auf den funfzehnten oder sechszehnten des Monats, so komme es richtig heraus, daß die Geburt einer Frucht von sechs und zwanzig Hebdomaden, oder von 182 Tagen, auf den zwanzigsten Tag des siebenten Monats fallen müsse.

- 88) S. Jo. Dan. Megger's System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft. §. 280. Ge. Henr. Masius System der gerichtlichen Arzneykunde für Rechtsgelehrte. §. 261. Adolph Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. (Berlin 1819.) S. 94.

nach der Empfängniß gebohrne Leibesfrucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt, und mehrere Stunden, oder Tage fortlebt, dennoch zum fortgesetzten Leben unfähig, also für nicht lebensfähig, (*partus vivus, sed non vitalis*) zu halten sey; so sollte man fast geneigt seyn zu glauben, ein solches Kind, welches, wenn gleich in rechtmäßiger Ehe, jedoch vor Ablauf des sieben-ten Monats, geboren worden, könne kein *iustus filius* seyn. Diese Meinung ist auch wirklich in der unten angeführten Schrift ⁸⁹⁾ mit vieler Gelehrsamkeit vertheidiget worden. Eben dieses behauptete auch schon vorher Bernh. Heinr. Reinold ⁹⁰⁾. *HIPPOCRATIS auctoritas*, sagt er: *utpote sibi contrarii, nullius est momenti. — Numeri Pythagorae dignitas et venerationis frivola est, et ea tamen effecit, ut septimestrem partum plerique legitimum censerent, id quod naturae repugnare, NICOLAUS VENETUS, Medicus celeberrimus ⁹¹⁾, clarissime demonstravit. Non esse igitur legitimum; certum est, nisi pater, qui antea eum ea rem habuit, quae ipsi postea coniux facta est, eum agnoscat.*

Allein was fangen wir nun mit unserm Ulpian, und mit Paulus an? Man sagt, beyde hätten an die Präjudicialklage de partu agnoscendo gar nicht gedacht, sondern beyde sprächen von besondern Fällen, wo man

89) Siehe die oben not. 82. angeführte *Commentatio de partu septimestri, eoque spurio, non legitimo, auctore Alb. Guil. Aug. BRÜCKER. Lipsiae. 1805. 8.*

90) *Varior. Cap. 38. in Opuscul. a JUELERO edit. p. 215 sq.*

91) *De generatione hominum, libro gallice conscripto. Cap. III. Art. 4.*

aus besondern Gründen gegen die Strenge des Rechts einen Grundsatz der Billigkeit wegen angenommen habe:

Sobidl nämlich Erstens den Ausspruch des Paulus anbetrifft, so beziehe sich derselbe theils auf die Lex Papia Poppaea, welche die kinderlosen Ehegatten mit der Hälfte desjenigen bestrafte, was ihnen durch Testament war hinterlassen worden ⁹²⁾, theils auf das Senatusconsultum Tertullianum, welches das Erbrecht der Mutter auf das ius liberorum gegründet hatte. Dieß erhelle ganz deutlich, wenn man die L. 12. de statu homin. mit der oben aus den Sententiis Receptis des Paulus angeführten Stelle vergleicht, in welcher ausdrücklich gesagt werde, man habe zu Gunsten der Mutter den Satz angenommen, daß auch schon ein siebenmonatliches Kind nach der Lehre des Pythagoras für lebensfähig zu achten sey, und der Mutter zum ius liberorum nütze. Denn gerade daselbst handle er vom Senatusconsulto Tertulliano, wo er dieses sagt. Aus eben dem Libro IV. Sententiarum Receptarum des Paulus sey auch die L. 14. D. de Statu hominum genommen, wo er den auch hierauf sich beziehenden Satz aufstellt, daß monströse Geburten für keine Kinder zu rechnen wären. Diese nützten den Eltern bloß dazu, um den Strafen der Orbität zu entgehen, denen sie sonst nach der Lex Papia Poppaea unterworfen gewesen seyn würden. Hierauf beziehe sich die Entscheidung Ulpian's in der L. 135. D. de Verbor. Significat. welche auch aus desselben Lib. IV. ad L. Juliam et Papiam genommen sey, die also mit dem Satz des Paulus in keinem Widerspruch stehe. Es sey sehr glaublich, daß Paulus in seinen libris Responsorum,

92) S. den 2. Th. des Commentars. §. 114. S. 74.

De agnosc. et aliendis liberis, vel parentibus etc. 121

woraus die L. 12. *de Statu hom.* genommen ist, einen auf jene Gesetze sich beziehenden Fall entschieden, und nur statt Pythagoras den Namen des Hippocrates substituirt habe. Hieraus erkläre sich nun auch, warum die L. 12. von den Verfassern der Pandecten dem Titel einverleibt worden sey, welcher von der physischen Eigenschaft der Menschen handle. Weit entfernt, daß Paulus an die Präjudicialklage *de partu agnoscendo* gegen den Mann gedacht habe, welcher ein ihm von seiner Frau gebornes siebenmonatliches Kind nicht für das seinige anerkennen wolle, scheine er vielmehr in seinen Gutachten bloß die Frage entschieden zu haben, ob die physische Eigenschaft einer siebenmonatlichen Leibesfrucht der Mutter schade, oder nütze, um das *ius liberorum* zu erlangen, oder den Strafen der *Orbität* zu entgehen. Der Ausdruck *iustus filius* beziehe sich daher auch nicht gerade auf die eheliche Geburt des Kindes, sondern habe hier den Sinn, daß eine siebenmonatliche Leibesfrucht, wenn sie nur keine monströse Geburt ist, und ganz zur Welt geboren wird, der Mutter eine gerechte Ursache gebe, auf der einen Seite das *ius liberorum* anzusprechen, auf der andern aber auch der Strafe der *Orbität* zu entgehen. Was nun zu Gunsten der Mutter gegen die Strenge des Rechts ist angenommen worden, könne dem Ehemanne nicht zum Nachtheil gereichen, wenn diesem aus einem stärkern Widerspruchsrechte daran gelegen sey, daß das siebenmonatliche Kind für illegitim erklärt werde⁹³⁾.

Eben so sey auch dasjenige, was Ulpian L. 3. §. 12. *D. de suis et legitim. heredibus* sagt, nämlich ein am 182sten Tage gebornes Kind scheine *iusto tempore*

93) S. ВЕРКА Commentat. cit. §. X. pag. 63 — 78.

natus zu seyn, nicht als allgemeine Regel für alle Fälle aufgestellt, sondern beziehe sich nur auf einen singulären Fall, wie schon die Ausführung des Rescripts vom Kaiser Pius an die Pontifices zu erkennen gebe, weil die Kaiser nur auf gewisse ihnen vorgelegte besondere Fälle zu rescribiren pflegten. Der Fall, welcher in dem vom Urban angeführten Rescript des Divus Pius enthalten war, sey freylich unbekannt, da indessen das Rescript an die Pontifices ergangen ist, so sey leicht einzusehen, daß es ein solcher Fall gewesen seyn müsse, der, seiner Entscheidung nach, für die Pontifices gehört, und also in das *ius sacrum* eingeschlagen habe. Und so lasse sich der Fall leicht errathen. Diejenigen, welche zu einem Priesteramte gelangen wollten, mußten nämlich *patrimi* und *matrimi*, d. h. aus einer farreirten Ehe entsprossen, und beyde Eltern, Vater und Mutter, noch am Leben seyn⁹⁴). Ohne Zweifel sey also die Frage gewesen, ob auch ein solcher Candidat zum Priester gewählt werden könne, der zwar *ex iustis nuptiis*, aber von einer freygelassenen Mutter am 182sten Tage nach ihrer Freylassung gebohren sey? Den Priestern scheine eine solche Geburt verdächtig vorgekommen zu seyn, daher hätten sie sich in dieser Verlegenheit an den Kaiser gewendet, und dieser habe ihnen denn, weil hier von keiner Seite ein Widerspruch zu befürchten gewesen, aus bloßer Begünstigung der Ehe und Freyheit, rescribirt:

filium iusto tempore videri natum.

Es sey begreiflich, daß dasjenige, was in einem besondern Falle, und aus einer besondern Begünstigung

94) Paul MERULA de Sacerdot. Roman. Cap. II. Oper. postum. pag. 29. und HEINBCCIUS Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. X. §. 5.

angenommen worden sey, nicht dürfe so weit ausgedehnt werden, daß dadurch das Recht eines Andern beeinträchtigt werden könne. Hierzu komme noch die schwankende Fassung der Worte: *videri natum*. Dieß sey nicht die Sprache des Gesetzgebers für ein beständig gültiges Gesetz, dieses müsse, wie Seneca.⁹⁵⁾ sagt, mit unabweichenden Worten gebieten. Es sey auch gar nicht zu glauben, daß Ulpian von der Regel habe abweichen wollen, welche er kurz vorher aufgestellt habe, nämlich daß der zehnte Monat der rechte Zeitpunkt der ehelichen Geburt sey⁹⁶⁾.

Nach meiner geringen Einsicht kommt es hier auf zwey Fragen an.

I. Ob der Satz des römischen Rechts, daß ein im siebenten, wenn gleich noch nicht ganz abgelaufenen, Monate aus rechtmässiger Ehe gebohrnes Kind für lebensfähig, und also zur Begründung rechtlicher Verhältnisse *pro partu iusto tempore nato* zu halten sey, nur Ausnahmsweise für einzelne Fälle gegolten habe, oder ein allgemeiner Rechtsatz gewesen sey? und

II. ob dieser in dem römischen Recht auf das Ansehen des Hippocrates gegründete Zeitpunkt der Rechtmässigkeit einer Frühgeburt auch noch h. z. L. genüge, um die Vermuthung der Paternität eines in rechtmässiger Ehe gebohrnen Kindes dadurch zu begründen?

Soviel die erste Frage anbetrifft, so ist wohl freylich nicht zu läugnen, daß sowohl Paulus, als Ulpian besondere Fälle vor Augen hatten, bey denen sie jenen

95) *Epist. XCIV. nr. 38.*

96) S. BRÜCKER *tit. Commentat. §. XI. pag. 78—83. vergl. mit §. IX. pag. 47—63.*

Satz zur Anwendung brachten. Allein gerade der Umstand, daß sie diesen Satz zum Entscheidungsgrund gebrauchten, und solchen auf das Urtheil eines der damaligen berühmtesten Aerzte, des Hippocrates, bauten, beweist, daß dieser Satz keine Ausnahme sey, sondern die Regel des gemeinen Rechts selbst bilde. Solche Entscheidungsgründe sind als wahre Gesetze anzusehen, woraus der Rechtsgelehrte weiter fortschließen kann, und diese Schlüsse sind denn für keine Ausdehnung, sondern für eine bloß consequente Anwendung des Gesetzes zu halten⁹⁷⁾. Eben deswegen, weil man den Satz: *Septimo mense nasci perfectum partum, et ideo eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*, gestützt auf das Ansehen des Hippocrates, zur Rechtsregel erhoben hatte, wies man ihm einen Platz in einem Titel der Pandecten an, welcher vorzüglich die Eigenschaften der Rechtsfähigkeit bey den Kindern bestimmt. Es war also bloß Anwendung eines bekannten Rechtsatzes, wenn Ulpian L. 3. §. 19. *D. de suis et legitimis heredib.* in Gemäßheit desselben der Meinung war, eine Mutter, welche vor dem hundert und zwey und achtzigsten Tage wäre freigelassen worden, scheine das Kind nicht mehr in dem Zustand ihrer Sklaverey empfangen zu haben, weil nach der Meinung des Hippocrates angenommen werde, daß auch schon ein nach dem 182 sten Tage gebohrnes Kind lebensfähig sey. Daß die Frage von der Lebensfähigkeit einer siebenmonatlichen Leibesfrucht, besonders in Fällen der Erbfolge, zur Sprache gekommen seyn müsse, beweist ja der Platz, der dieser Stelle Ulpians in unsern Pandecten ist angewiesen worden, gerade in dem Titel, in

97) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Rechts. §. 14. S. 89.

welchem von der Erbfolge der suorum und legitimorum heredum die Rede ist. Es mag auch wohl bey dem ius liberorum, welches bey dem Erbrecht der Mutter nach dem Tertullianischen Senatusconsultum zum Grunde gelegt war, diese Frage nicht ungewöhnlich gewesen seyn, wie man aus einer Stelle des Gellius ⁹⁸⁾ sieht, wo er gerade des Hippocrates gedenkt, und bey dieser Gelegenheit erzählt, daß man bey einem wichtigen Erbfalle sogar über die Lebensfähigkeit eines achtmonatlichen Kindes gestritten habe, weil es bald nach der Geburt wieder gestorben war, ob es nämlich zur Ergänzung des ius trium liberorum der Mutter genüge. Und so betraf auch wohl der Fall, durch welchen das Rescript des Kaisers Pius an die Pontifices, dessen Ulpian gedenkt, war veranlaßt worden, gewiß eher das Erbrecht, als die Wahl eines Candidaten zur Priesterwürde. Denn da die Römischen Pontifices vermöge ihres Amtes dafür zu sorgen hatten, daß die sacra privata erhalten werden möchten, welche, auf dem Vermögen ruhend, mit demselben nach dem Tode eines Paternfamilias auf die Erben übergingen ⁹⁹⁾; so waren auch

98) *Noct. Attic. Lib. III. cap. 16.* Memini ego Romae accurate hoc atque solícite quæsitum, negotio non rei tunc parvæ postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus, et statim mortuus, ius trium liberorum supplevisset; quum abortio quibusdam, non partus, videretur mensis octavi intempestivitas?

99) *Cicero de Legibus Lib. II. cap. 19.* Saepe ego, sagt daselbst Scävola, ex patre audiivi, Pontificem neminem bonum esse, nisi qui ius civile cognosset. — De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. Hoc posito, haec iurâ Pontificum auctoritate conse-

solche Sachen, welche die Rechte der Familien betreffen, ihrer Cognition unterworfen¹⁰⁰). Nun hatte ja aber das *iustum nativitatis tempus* auf das *ius sui iuris* und das *ius agnationis* den wichtigsten Einfluß. Hieraus läßt sich nun auch erklären, wie in einem solchen Falle, wo es gerade auf den rechten Zeitpunkt der Geburt einer erbfähigen Leibesfrucht ankam, die Pontifices sich an den Kaiser zu wenden, können veranlaßt worden seyn. Man wende nicht ein, daß ja sowohl Paulus als Ulpian in den angeführten Stellen sich auf eine solche Art ausgedrückt hätten, welche der Sanction eines allgemeinen Gesetzes gar nicht entspreche. Paulus sagt freylich: *et ideo CREDENDUM EST, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*, und Ulpian: *qui centesimo octogesimo secundo die*

cuta sunt, ut, ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. (Das Wort *pecunia* bezeichnet hier Alles, was zum Vermögen gehört. L. 5. pr. L. 222. D. de Verb. Signif.) Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumera-bilia nascuntur, quibus implentur Jurisconsultorum libri. Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. *Heredam causa iustissima causa est: nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigrarit, propius accedat.*

- 100) CICERO *Orat. pro Domo sua.* Cap. 13. Quod ius est adoptionis, Pontifices? nempe ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit, et, cum potuerit, sit expertus. Quae deinde causa cuique adoptionis, quae *ratio generum*, ac dignitatis, quae sacrorum, quaeri a Pontificum collegio solet. S. *Ern. Mart. CHLADENIUS de Gentilitate veter. Romanor. (Lipsiae 1742. 4.) Cap. X. §. 2. pag. 117 sq.*

natus est, *iusto tempore VIDERI natus*. Allein wer die Art der römischen Rechtsgelehrten kennt, wie sie etwas zu affirmiren pflegen, den kann unmöglich der Redegebrauch dieser Rechtsgelehrten befremden ¹⁾. Besonders aber ist der Ausdruck *videri* so gewöhnlich, daß er sogar, wie Ulrich Huber ²⁾ bemerkt, in den Urtheilssprüchen der römischen Richter gebraucht wurde ³⁾. Ueberdem aber kann auch darauf gar nichts mehr ankommen, da Justinian den in seine Pandecten aufgenommenen Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten in seiner Constitution *de confirmatione Digestorum* Gesetzeskraft beygelegt hat. Es läßt sich also nach dieser Ansicht mit Grund nicht bezweifeln, daß der Satz, ein siebenmonatliches Kind sey für lebensfähig, und also, wenn es in einer rechtmäßigen Ehe geboren worden, für ein eheliches Kind zu halten, vorzüglich auch bey der Präjudicialklage *de partu agnoscendo* gegen den Ehemann zur Begründung einer Vermuthung für die Paternität sey angewendet worden. Darauf deuten auch die Worte des Paulus: *et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustam filium esse*, sichtlich hin. Immerhin mag Paulus *libro IV. Sententiarum Receptar.* in Beziehung auf das *Sénatusconsultum Tertullianum* gesagt haben, ein siebenmonatliches Kind werde der Mutter zur Begründung ihres Erbrechts als ein Kind angerechnet; die *L. 12.* ist ja aber nicht daraus entlehnt, sondern, wie die Ueberschrift lehrt,

- 1) Man vergleiche *Frid. HARNEL Diss. de verborum formulis, quibus Icti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt.* Lips. 1821. 8.
- 2) *Eunomia Rom. ad L. 31. D. de Legib. §. 5. pag. 40.*
- 3) *C. §. B. L. 27. §. 1. D. de liberali causa.*

aus des Paulus *libris Responsorum* genommen. In dem Falle, für welchen Paulus respondirte, konnte aber wohl nicht von dem *ius liberorum* der Mutter die Rede seyn, weil es dabey auf die eheliche Geburt der Kinder gar nicht ankam. Denn vermöge des *Senatusconsulti Tertulliani* succedirte die Mutter auch ihren *vulgo quaesitis*⁴⁾. Es kann vielmehr nach den angeführten deutlichen Worten des Paulus gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß er in seinem Gutachten einen solchen Fall vor Augen hatte, wo von dem Zeitpunkt der ehelichen Geburt eines Kindes die Rede war. Schon der Ausdruck *iustus filius* beweist dieses hinlänglich, worunter in den Gesetzen immer ein eheliches rechtmäßiges Kind verstanden wird⁵⁾. Wer könnte dagegen einer so erzwungenen Interpretation Beyfall geben, nach welcher man die Worte des Paulus: *et ideo credendum est, cum qui septimo mense natus est, iustum filium esse*, gegen allen juristischen Sprachgebrauch so verstehen will, „daß ein siebenmonatliches Kind, wenn es nur keine monströse Geburt ist, sondern in Absicht auf die Glieder des Körpers ganz, und lebensfähig zur Welt kommt, möge es auch gleich nach seiner Geburt wieder sterben, der Mutter eine gerechte und wahrscheinliche Ursache gebe, damit sie nicht das *ius liberorum* verliere, auch nicht in die Strafe der *Orbität* verfallt⁶⁾? Das *iustum filium esse* bezieht sich ja offenbar

4) L. 2. §. 1. D. ad Scutum Tertull. Paulus Libro IV. Sententiar. Receptar. Tit. 10. §. 1. S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 75. S. 160. der 2. Aufl.

5) L. 12. D. de adoption. L. 3. §. 5. D. de bon. poss. contra tabb. L. 15. Cod. de nupt.

6) BECKER cit. Commentat. §. X. pag. 77 seq.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 129

auf das Vorhergehende: *qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est.*

Die zweite Frage anlangend, so weichen die Behauptungen und Lehrläge der heutigen Aetzte und Lehrer der gerichtlichen Arzneykunde über den Zeitpunkt der Lebensfähigkeit gebohrner Leibesfrüchte sehr von einander ab.⁷⁾ Es giebt zwei äusserste Endpuncte, innerhalb welcher die Lebensfähigkeit der unzeitigen Früchte angenommen worden ist.

Die Nachgiebigsten geben die Lebensfähigkeit bey jedem, nach Ablauf des sechsten Sonnenmonats, oder nach 180 — 182 Tagen gebohrnen Kinde zu. Zu diesen gehören vorzüglich Mich. Alberti⁸⁾, Herm. Fr. Reichmeyer⁹⁾, Joh. Ernst Hebenstreit¹⁰⁾, Christ. Gottl. Ludwig¹¹⁾, Wildberg¹²⁾, Just. Christ. Loder¹³⁾, u. A. m.

7) Man vergleiche Joh. Dan. Mezger über früh- und spätreife Geburten (in Loders Journal für die Chirur gie 1. B. St. 3.) vorzüglich aber die treffliche Abhandlung meines verehrten Collegen, Herrn Hofr. Adolph Henke von den Früh- und Spät. Geburten, in denselben Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medicin. 3. B. (Leipzig 1824. Abh. IV. S. 261 — 342.)

8) Syst. iurispud. medicae P. I. Cap. 7. §. 4 et 11.

9) Institut. medicinae legalis s. forens. pag. 54.

10) Anthropol. forens. Sect. II. Cap. XI. §. 5 et 7. p. 192 sq.

11) Institut. medicinae forens. §. 107.

12) Handbuch der gerichtlichen Arzneywissenschaft. S. 149.

13) Anfangsgründe der physischen Anthropologie und der Staats-Arzneykunde. S. 342. S. 506. Dritte verm. Auflage. Weimar 1800.) daselbst heist es: „Wenn
Stücks Erläut. d. Pand. 28. Th. 3

Strenger urtheilen diejenigen, welche weder die im siebenten, noch die im achten Monate gebohrnen Kinder für lebensfähig wollen gelten lassen. Zu diesen gehören vorzüglich Joh. Harder ¹⁴⁾, und Joh. Bohn ¹⁵⁾.

Den Mittelweg gehen diejenigen, welche annehmen, daß jede vor Ablauf des siebenten Monats nach der Empfängniß (oder vor Anfang der 31sten Woche, vor dem 210ten Tage) gebohrne Frucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt, und mehrere Stunden oder Tage fortlebt, für nicht lebensfähig erklärt werden müsse. Diese in der Mitte stehende Meinung wird von den meisten heutigen Aerzten, einem Haller, Meßger, Baumer, Gruner, Kopp, Masius, Mende, u. m. A. behauptet, und ist besonders gegen die darwider vorgebrachten Gründe Anderer von unserm Henke ¹⁶⁾ mit der ihm eigenen Gründlichkeit vertheidiget worden.

die Geburt in der 37sten oder 40sten Woche erfolgt, so nennt man sie zeitig (*partus maturus*), und das Kind heißt alsdann vollbürtig oder ausgetragen. Erfolgt sie zwischen dem Anfange des siebenten und dem neunten Monat, so heißt sie frühzeitig (*partus praematurus*). Ein solches Kind kann lebendig zur Welt kommen, und sein Leben fortsetzen; es ist aber leichter am Gewicht, kleiner an Länge, zarter an Gliedmassen, und hat dünnere Nägel und ethe feinere Haut an den Händen und Fußsohlen.“

14) Diss. de partu septimestri Ictorum responsis et Medicorum placitis insigni. Lugd. Batav. 1663.

15) De officio Medici duplici, clinici nimirum ac forensis. (Lipsiae 1704.) pag. 629.

16) Ungef. Schrift. Kap. 2. S. 289 — 297.

Da nun gleichwohl eine mathematische Gewißheit über den Zeitpunkt, wo die Lebensfähigkeit der Frucht anhebt, nach Henke's Urtheil ¹⁷⁾, nicht zu erlangen ist, da auch die Möglichkeit des Fortlebens einer Frucht, die vor dem aufgestellten regelmässigen Zeitpunkte gebohren wurde, für einzelne, obgleich seltene, Fälle nicht geläugnet werden kann ¹⁸⁾; da endlich die Lehrer und Gerichtsärzte, in Hinsicht des Zeitraums der anhebenden Lebensfähigkeit der vorzeitig gebohrnen Frucht, selbst nicht völlig mit einander übereinstimmen; so war es allerdings zweckmässig, daß die Gesetzgebung einen Normaltermin für die Frühgeburten festsetzte. Das Römische Recht nahm nun, *in favorem partus et matrimonii*, die der Frau und dem Kinde günstige Meinung der Aerzte und Naturforscher als die richtige an, und legte sie dem Gesetz zum Grunde. Es bestimmte also für die Anerkennung lebensfähiger Frühgeburten den Termin von 182 Tagen. Jedes an und nach dem 182sten Tage seit der Hochzeit gebohrne Kind, welches lebend zur Welt kommt, wird demnach als ein lebensfähiges Kind betrachtet. Eben so wird jedes lebensfähige, und am Leben bleibende Kind, wenn es nach dem 181sten Tage und vor Beendigung des zehnten Monats

17) N. a. D. S. 297.

18) Einen höchst merkwürdigen Fall erzählt d' OOTREPONT in den Abhandlungen und Beyträgen geburts-hülfflichen Inhalts. Th. I. (Wamberg 1822.) S. 167 ff. von einem Kinde, dessen Geburt in die 25 bis 27te Woche nach der Empfängniß, also zwischen den 175sten bis 189sten Tag fiel, und welches bey einer sehr sorgsamem Behandlung glücklich am Leben erhalten wurde, ob es gleich alle Kennzeichen einer solchen Frühgeburt an sich trug. Man vergleiche wegen dieses besondern Falles auch Henke's Zeitschrift für die Staatsarzneykunde. B. VI. S. 19.

von Zeit der Ehe angerechnet, als in dieser Ehe erzeugt, betrachtet.

Diese Bestimmungen müssen also als maassgebend noch jetzt in allen Fällen gelten, wo über Erbschaftsrechte, Vaterschaft, und Rechtmässigkeit des Kindes entschieden werden soll, wofern nicht eine neuere in dem vorliegenden Falle anzuwendende Gesetzgebung einen andern Termin aufgestellt hat¹⁹⁾. Gebiert also eine Frau ein lebensfähiges, fortlebendes Kind am 182sten Tage nach der Hochzeit, so wird es nach gesetzlicher Vermuthung als ein rechtmässiges Kind betrachtet, und der Ehemann für dessen Vater gehalten²⁰⁾. Es muß nur aber wirklich die

19) Das Preussische Landrecht 2. Th. 2. Tit. Abschn. 1. §. 1 und 4. ist ganz abweichend. Es setzt den kürzesten Termin auf 210 Tage nach der ersten ehelichen Beywohnung, und erklärt das an dem 210ten Tage nach geschlossener Ehe gebohrne Kind für ein eheliches. Das Oestreichische Gesetzbuch 1. Th. 3. Hauptst. §. 138. hingegen stimmt mit dem Röm. Recht zusammen. „Für diejenigen Kinder, sagt es, welche im siebenten Monat nach geschlossener Ehe von der Gattin geboren werden, streitet die Vermuthung der ehelichen Geburt. Nach dem Zeillerschen Commentar zu diesem Gesetzbuche 1. B. (Wien und Triest 1811.) S. 316. Nr. 2. ist dieses vom Anfange des siebenten Monats zu verstehen, und da dreyßig Tage für einen Monat gerechnet werden; so nimmt es 180 Tage für den frühesten Zeitraum von der Zeugung bis zur Geburt des Kindes an. Eben so hat der *Code Napoleon civil*. Lib. I. Tit. VII. Chap. I. Art. CCCXII. den Termin für die Anerkennung der rechtmässigen Frühgeburten auf 180 Tage gesetzt.

20) S. Ludwig Institut. *medicinae for.* §. 107. und Hentle angef. Abh. von Früh- und Spät- Geburten. 2. Kap. S. 298 ff.

Zeichen der Unreife, die einem siebenmonatlichen Kinde natürlich ist, an sich tragen. Denn käme die Frau im siebenten Monate nach der Hochzeit mit einem Kinde nieder, das nicht bloß fortlebt, sondern auch alle Zeichen der Reife und Zeitigkeit an sich trägt, so kann ein solches Kind weder nach rechtlichen noch nach wissenschaftlichen Gründen als ein siebenmonatliches anerkannt, sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß es schon vor der Ehe von einem Andern erzeugt worden sey²¹⁾.

- 21) S. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. s. 38. und *Pei. Lud. BÄRMANN Commentat. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. Götting. 1784.* s. VIII. Ganz anderer Meinung ist Menke im Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Th. Materielle, Th. Kap. 8. §. CXLI. S. 353. „Mit gutem Grunde, sagt er, hielt der römische Gesetzgeber sich an den Hippocrates; wir dürfen uns aber, bey der jetzigen Anwendung dieses Gesetzes, nicht an dessen Meinung halten, weil wir jetzt glaubwürdigere besitzen. Der im Röm. Recht ausgedrückte Grundsatz, daß nämlich auf das Urtheil der Aerzte zu bauen sey, muß festgehalten werden, nicht aber die von ihm aufgestellte Auctorität, welche keinen Glauben mehr hat, noch verdient. So will es in der That auch der Sinn des Röm. Rechts. Es ist daher, fährt er fort, unbegreiflich, wie man, nicht bloß in bürgerlichen Sachen, die zur Zeit der Römer geltende Meinung der Aerzte beybehalten, sondern sie sogar auch auf peinliche ausgedehnt, und sie bey den neuern Gesetzen zum Grunde gelegt hat. Vergleicht man daher, heißt es weiter §. CXLVIII. S. 358. die in den neuern Gesetzbüchern enthaltenen Anordnungen, die sich auf menschliche Früchte beziehen, mit den Resultaten, welche die neuern und neuesten Untersuchungen von Naturforschern und Aerzten darüber geliefert haben, — so findet

Da jedoch bey dieser gesetzlichen Zeitbestimmung bloß die Begründung einer rechtlichen Vermuthung für die Rechtmäßigkeit eines während der Ehe gebornen Kindes beabsichtigt wird ²²⁾; so muß der Mann mit seinem Gegenbeweise gehört werden, wenn er das Kind nicht für das seinige erkennen will. Mit diesem Gegenbeweise findet aber der Mann nur dann Gehör, wenn er überzeugend nachweisen kann, daß er in dem ganzen Zeitraume, während dem das Kind geboren worden, der Frau nicht ehelich beygewohnt habe, entweder weil er während dieser ganzen Zeit zum Beyschlaf unvermögend, oder dergestalt beständig von der Frau entfernt gewesen, daß er ihr nicht habe beywohnen können. Es gehört hierher die merkwürdige Stelle Ulpian's in *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*

Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decernium ²³⁾, *reversum anniculum inve-*

man, daß auch sie mit der Natur überall nicht übereinstimmen, sondern mit ihr, das Uebelste, was man von ihnen sagen kann, im greßten Widerspruche stehen. Soll also das Gesetz wirklich das Rechte wollen, und nicht bloß eine Sammlung willkürlicher und schwankender Behauptungen zur Richtschnur für das gesellschaftliche Leben aufstellen dürfen, so ist hierin eine gänzliche Umwandlung vorzunehmen."

22) Da hier bloß von einer rechtlichen Vermuthung die Rede ist, so erklärt sich daraus, wenn Paulus *L. 12. D. de statu hom.* sagt: *credendum est*, und Ulpian *L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered. iusto tempore videri natum.* Der Grund der oben widerlegten Bederschen Meinung liegt nun noch mehr am Tage.

23) Man kann es wirklich dem BACHOF in Protis Pand. ad h. L. so sehr nicht verdenken, wenn er sich bey dem

nisse in domo sua: placet nobis JULIANI sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, JULIANUS ait, eum, qui cum uxore sua adsidue moratus, nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et SCAEVOLA probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus²⁴⁾, filium non esse,

von Ulpian angeführten Beispiele des Lachens nicht enthalten konnte. Und soll man es für Spas oder Ernst halten, wenn Ulp. HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 62. gegen BACHOB, zur Ehrenrettung Ulpian's, sagt: Neq̄ adeo, quod Ulpianus scripsit, monere pugatorium est; ut etiam quibusdam gentibus placuerit, patrem haberi, qui per decennium abfuerit, si modo quatuor maria, quibus Britannia cinguntur, non transierint, ut in Anglia iuris esse scribit GAMBRIANUS in noviss. statu Angliae. P. I. Cap. 18? Er aber wollte Ulpian biennium schreiben. Dieses paßt auch eher zu dem anniculus, wenn man damit die L. 134. D. de Verb. Sign. vergleicht. Franz SCHOBMAN im Röm. Civilrecht nach dem Pandectentexte mit dem Preussisch. u. Französisch verglichen, 1. Heft. (Giess. u. Wetzl. 1808.) Lib. I. Tit. 6. Not. 10. S. 62. meint sogar, es müsse biennium statt decennium gelesen werden. Diese Lesart, sagt er, werde auch durch die Form des Anfangsbuchstaben des in der Spangenberg. Ausgabe des Corp. iur. gezeichneten florentinischen Manuscripts sehr wahrscheinlich.

24) Die Worte licet vicinis scientibus beziehen sich nicht auf die Feierlichkeit der Römer, bey Schließung ihrer Ehen die Nachbarn als Zeugen hinzu zu ziehen, L. 9. C. de

Man hat es wohl unstreitig theils dem Dafeyn jener gesetzlichen Bestimmungen, theils aber auch überhaupt der nachsichtiger gewordenen Sitte und öffentlichen Meinung zuzuschreiben, daß in unsern Zeiten die Untersuchung über Reife und Zeitigkeit einer Frühgeburt in Fällen des bürgerlichen Rechts nur noch selten den Gerichtsärzten übertragen wird. Billig aber sollte immer in solchen Streitfällen, wo es auf Beurtheilung des Alters einer frühgebohrnen Leibesfrucht ankommt, ein Gutachten der Sachverständigen, nach vorgenommener Besichtigung des Kindes, dem Richter zur Entscheidungsnorm dienen. Das römische Gesetz selbst, indem es sich auf das Ansehen des Hippocrates bey Bestimmung der Rechtmäßigkeit siebenmonatlicher Leibesfrüchte beruft, gesteht dadurch zu, daß nur Aerzte über Gegenstände dieser Art eine bestimmte Entscheidung ertheilen können. Es liegt aber auch in der Natur des Gesetzes, daß man sich nur auf das Urtheil derer beziehen dürfe, denen hierin der höchste Grad der Glaubwürdigkeit zukommt. Hier versteht sich's denn freylich von selbst, daß in einem solchen Falle dem Arzt in seinem Urtheil nur im Allgemeinen zu bestimmen zukomme, ob der Grad der Reife und körperlichen Beschaffenheit der Frucht,

nupt. wie *Pet. PERRONONIUS Animadversion. et variar. Lection. Lib. I. Cap. 9. (in Thes. iuris Rom. Otton. Tom. I. pag. 604.)* und *Ge. NOOBT. Comm. ad Dig. Lib. I. Tit. 6. §. Superest. (Opp. T. II. pag. 25.)* sie verstehen. Denn es ist hier von der Rechtmäßigkeit der Geburt eines Kindes die Rede, wie auch *Ant. SCHULTZING* in *Notis ad Dig. s. Pandect. a Smalldenbourg edit. h. L. Tom. I. pag. 136.* bemerkt hat. Die Worte deuten vielmehr auf etwaige Verheimlichung der Geburt hin. *S. SCHORMAN a. a. D. S. 63.*

mit der angegebenen Zeit der Schwangerschaft übereinstimme oder nicht²⁵⁾).

Wie für die Frühgeburt, so haben die Gesetze auch für die Spätgeburt eine Normalzeit festgesetzt, und verordnet, daß jedes innerhalb derselben gebohrne Kind als ein rechtmässiges Kind des verstorbenen Mannes anerkannt werden soll. Es ist bekannt, daß um den zweyhundert achtzigsten Tag die natürliche Geburt eines reifen, ausgetragenen Kindes eintritt²⁶⁾. Dennoch lassen uns die Erfahrungen und Beobachtungen unserer Aerzte an der Möglichkeit überzeitiger Kinder, d. h. solcher, die länger als zweyhundert und achtzig Tage sich im Mutterleibe aufhielten, keinen Augenblick zweifeln²⁷⁾. Schon das hohe Alterthum liefert merkwürdige Beispiele dieser Art. Sehr wichtig war demnach von jeher für die Naturforscher und Aerzte die Frage, wie lange ein Kind in Mutterleibe, über die gewöhnliche Zeit, zurückbleiben könne? und eben so wichtig die Aufgabe für die Gesetzgebung, welcher Termin nach den Beobachtungen derselben, als Normalzeit für die Rechtspflege, zu bestimmen sey, um darnach die Rechtmässigkeit solcher Kinder zu beurtheilen, welche noch nach dem Tode des Mannes von desselben Wittve gebohren worden sind. Das römische Recht läßt den zehnten Monat für die Anerkennung der Spätgeburten zu, ein erst nach diesem Zeitpunkt ges

25) S. Henke in der angeführten Abhandl. S. 300. und Mende Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Theil. §. CXXI. und §. CL. S. 359.

26) S. Henke angef. Abh. 1. Kap. S. 272 ff. und Mende Handbuch 2. Th. 6. Kap. S. 303 ff.

27) Man findet mehrere merkwürdige Fälle solcher Spätgeburten in Henke angef. Abh. S. 323 — 329.

bohrnes Kind schließt es, als illegitim, von der gesetzlichen Erbschaft aus. Ulpian sagt in der *L. 3. §. 11. D. de suis et legitim. heredib.*

POST DECEM MENSES MORTIS NATUS, non admittetur ad legitimam hereditatem.

Diesen Termin für die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit einer Spätgeburt hatten schon die Gesetze der zwölf Tafeln bestimmt. Es bezeugt dieses selbst Ulpian, wenn man die angeführte Stelle mit der *L. 3. §. 9. D. eodem.* verbindet; wo er sagt:

Utique et ex *Lege XII. Tabularum* ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuerit, admittitur, si fuerit editus.

Noch mehr aber bestärkt dieses eine sehr merkwürdige Stelle des Gellius²⁸⁾, welche hier einen Platz verdient. Sie lautet folgendermassen.

Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque venisse usu Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse; factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam DECENVIRI in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo, scripsissent. Sed DIVUM HADRIANUM, causa cognita, decrevisse, in undecimo quoque mense partum edi posse; idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto HADRIANUS id statuere se dicit, requisitis veterum Philosophorum et Medicorum sententiis.

28) Noct. Atticar. Lib. III. Cap. 16.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 139

Jacob Gothofredus ²⁹⁾ weist dem Gesetz seinen Platz unter den Fragmenten der vierten Gesetztabelle an, und hat es auf folgende Art zu restituiren gesucht ³⁰⁾:

SI QUI EI (sc. patri) IN X MENSIBUS PROXIMIS POSTUMUS NATUS ESCIT, IUSTUS ESTO.

Justinian hat hierin in der *Novella XXXIX. Cap. 2.* nichts geändert, sondern erklärt nur in einem ihm vorgetragenen besondern Falle, den er *impudentissimum* nennt, einen solchen Postumus für illegitim, den die

29) *Fragmenta XII. Tabular. inter fontes quatuor iuris civ. Lib. I. (in Ottonis Thes. iuris Rom. Tom. III. p. 34.)*

30) Die Versuche anderer Rechtsgelehrten zur Herstellung der Textes Worte findet man in Heintz. Ed. Dirksen's Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824. 8.) S. 285 ff. Mit Recht wird daselbst die Meinung des J. Gothofredus widerlegt, wenn derselbe in den *Probatōnibus ad Tab. IV. (in Th. Otton. Tom. III. pag. 94.)* behauptet, der Ausdruck *iusto tempore* in der *L. 3. §. 12. D. de suis et legitim. heredib.* sey in der technischen Bedeutung zu nehmen, nach welcher das *iustum tempus* so viel, als *tempus lege XII. Tabularum definitum* heiße, und eben dasjenige sey, was sonst legitimum genannt wird, so daß also auch der in dem Röm. Recht für die Anerkennung Lebensfähiger Frühgeburten bestimmte Termin von 128 Tagen aus den Gesetzen der 12 Tafeln herzuleiten sey. Denn der Satz *IUSTO TEMPORE VIDERI NATUM*, will nichts anders sagen, als daß nach dem 128sten Tage ein Kind nach einem richtigen Zeitverhältnisse als lebensfähig geboren werden könne. In den *Basilic. Tom. VI. pag. 9.* heißt es eben so: *ἐν τῷ νόμῳ χρόνῳ τίττεται.*

Wittve noch erst gegen das Ende des eilften Monats gebohren hatte, *quia graviditas in tantum tempus non protenditur* ³¹⁾).

Die neueren Gesetzgebungen haben die im Röm. Recht für die Spätgeburten bestimmte Normalzeit theils bestätigt, theils um einige, jedoch nur wenige Tage, weiter erstreckt ³²⁾. Da nun über Möglichkeit und Wirklichkeit derselben die Meinungen der Naturforscher, Aerzte, und Geburtshelfer noch immer eben so getheilt sind, wie über die Frühgeburten ³³⁾; so war es allerdings, eine sehr zweckmäßige

31) S. den 2. Th. des Commentars §. 116 b. S. 107 ff.

32) Das allgemeine bürg. Gesetzbuch für Oesterreich 1. Th. 5. Kap. §. 138. erklärt Kinder, welche im zehnten Monate entweder nach dem Tode des Mannes, oder nach gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes von der Gattin gebohren worden, für ehelich gebohrne. Die nach dem zehnten Monat gebohrnen Kinder aber unterwirft es, wenn die Rechtmäßigkeit ihrer Geburt bestritten wird, der Untersuchung der Kunstverständigen. S. den v. Zeillerischen Commentar 1. B. S. 315 f. Das allgemeine Preussische Landrecht. 2. Th. 2. Tit. Abschn. 1. §. 19. verordnet hingegen, daß ein Kind, welches bis zum 30sten Tage, nach dem Tode des Ehemannes gebohren worden, für ein eheliches Kind desselben zu achten sey.

33) S. auch hier die sehr gründliche und scharfsinnige Abhandlung des H. Hofraths Henke von den Früh- und Spät-Geburten. Kap. 3. (in denselben Abhandlungen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medicin. 3. B. S. 306 — 342.) Es sind baselbst die Ansichten der Aerzte und Naturforscher über die Möglichkeit der Spätgeburten in drey Classen getheilt worden, nämlich 1) in solche, welche sie unbedingt annehmen, ohne einen Zeitraum festzusetzen, bis zu welchem sie die Verzögerung der Geburt

Befügung der Gesetzgebung, durch Bestimmung einer gewissen Zeitfrist für die Spätgeburten, um unnützen Rechtsbändeln vorzubeugen, dem Richter eine Norm zur Begründung rechtlicher Vermuthung an die Hand zu geben. Diese gesetzliche Bestimmung muß aber auch den Richter in vorkommenden Fällen um so mehr leiten, da der Zeitraum, den die Gesetzgebungen bestimmt haben, wenn man damit die neuer, bey stehender-Ehe gemachten, unverständlichen Beobachtungen von Verzögerung der Geburt vergleicht, keinen zu langen Termin enthält ³⁴⁾.

Weil jedoch auch hier nur davon die Rede ist, was nach rechtlicher Vermuthung angenommen werden soll, die Vermuthung aber immer der Wahrheit weichen muß; so darf die Führung eines Gegenbeweises nie versagt werden, wenn entweder Zweifel eintreten, welche die Rechtmäßigkeit des in der gesetzlichen Zeit gebornen Kindes verdächtig machen, oder Gründe angegeben werden können, welche für die Rechtmäßigkeit der nach dem Ablauf des gesetzlich angenommenen Termins gebornen Kinder sprechen.

Die gesetzlich bestimmte Normalzeit bleibt also, wenn über die Rechtmäßigkeit der Geburt

für möglich halten; 2) in solche, welche die Möglichkeit und Wirklichkeit der Spätgeburten unbedingt läugnen; und 3) in solche, welche die Mitte zwischen beyden Gegensätzen halten, und die Spätgeburten bedingt, und bis zu einem gewissen Zeitraume für in foro gültig erklären. Dieser Meinung sind die meisten heutigen Aerzte, Leichmeter, Hebenstreit, Ludwig, Haller, Koose, Mastus, Wildberg, Bernt, Sprengel, Ostander und Menke, denen auch heute bestimmt.

34) S. heute angef. Abh. S. 336 ff.

eines Kindes Zweifel entstehen, und daher dieselbe bestritten wird, von der Untersuchung der Kunstverständigen abhängig.

Dieses beweisen auch die bey den Alten vorkommenden Beyspiele, wo man Ausnahmen von dem gesetzlichen Termin hat statt. finden lassen. So erklärte der Kaiser Hadrian in der oben aus Gellius angeführten Stelle ein Kind, das im eilften Monate nach dem Tode des Ehemannes geboren war, für rechtmäßig. Er sagt in seinem Decret ausdrücklich, er habe diesen Ausspruch gethan, nachdem er zuvor die Meinungen der Aerzte und Philosophen vernommen habe. Ja Masurius erzählt nach Plinius³⁵⁾, der Prätor Lucius Papirius habe sogar einem Kinde, welches die Mutter, nach ihrer Angabe, dreyzehn Monate getragen hatte, die *honorum possessio* gegen den Erben gegeben, der die Erbschaft des verstorbenen Vaters in gerichtlichen Anspruch genommen hatte.

Auch die heutigen erfahrensten Geburtshelfer haben für unbezweifelt erklärt, daß es allerdings Ursachen gebe, welche zuweilen die Schwangerschaft über die gewöhnliche Zeit bedeutend verlängern. Diese Ursachen können in der Beschaffenheit des weiblichen Körpers liegen, wohin im Allgemeinen eine große Schwäche der Gebärmutter gehört, theils können es Gelegenheitsursachen seyn, psychische und physische³⁶⁾.

Nach den gemachten Erfahrungen und Beobachtung

35) *Histor. Natural. Lib. VII. Cap. 4. in fin.*

36) Eine Beurtheilung dieser Ursache findet man in Henke's angef. Abhandl. S. 316—321.

gen³⁷⁾ derselben dürften wir also wohl, sagt ein neuer, sehr würdiger Lehrer der gerichtlichen Medicin³⁸⁾, zur Annahme berechtigt seyn, daß eine Spätgeburt bis zum Ende des eilften Monats, mithin bis zum dreyhundert und achten Tage, recht wohl statt finden könne, daß späterhin aber diese Möglichkeit mit jedem Tage abnehme, und bis zum dreyhundert und zwey und zwanzigsten Tage gänzlich verschwinde, so daß über diesen Zeitraum hinaus Spätgeburten lebendiger Kinder nicht weiter zugestanden werden könnten.

Da übrigens Spätgeburten immer eine Ausnahme von der Regel sind, so ist jeder Fall nach genauer Untersuchung seiner Eigenthümlichkeit zu beurtheilen, und dabey 1) auf Seiten des Ehemannes darauf Rücksicht zu nehmen, ob er zur Zeit des letzten Beyschlafs noch zeu-

37) Die Beobachtungen der berühmtesten heutigen Aerzte, von Foderé, Oslander, Klein, Arnold, Schüz, Schnobel, Starke, Knape, Schnetder, Wildberg, Bernt, Siebold, d'URKONT und Henke findet man in des Letztern angef. Abhandlung S. 323 — 333.

38) Mende ausführl. Handbuch der gerichtlichen Medicin. 2. Th. 6. Kap. S. 303 ff. besonders S. CXXXI. S. 316. Wenn Hippocrates den eilften Monat, als denjenigen angiebt, in welchem die Geburt nach dem ordentlichen Laufe der Natur öfters erfolge, so versteht er keinesweges eine eilfmonatliche Dauer der Schwangerschaft darunter, sondern gestattet dadurch nur die gewöhnliche Länge derselben von 280. Tagen. Es läßt sich dieses nach den Monaten der Griechen auf das genaueste berechnen, wie Mende a. B. S. CXXXIII. S. 317. f. gezeigt hat.

gungsfähig war, oder nicht. Starb der Mann plötzlich bey vollen Kräften, so spricht die Wahrscheinlichkeit für die Wittwe. War hingegen der Ehemann nach langwieriger schwerer Krankheit gestorben, in welcher das Zeugungsvermögen fehlen mußte, so ist die Vermuthung wider dieselbe. 2) Auf Seiten der Frau, ob erwiesene Gründe für die Möglichkeit der Spätzeugung und Spätgeburt ihrer Leibesfrucht vorhanden waren, oder nicht. Besonders kommt ihr sittlicher Ruf dabey in Betrachtung. Unbescholtner sittlicher Ruf muß so lange die Vermuthung für die Wittwe begründen, bis Gegenbeweis eines unerslaubten Umganges eintritt. Ich übergehe, was die Beobachtung der in ihrem Körper vorgehenden Bewegungen, und Merkmale anbetrifft, denn diese hat bloß der Arzt zu beachten und zu prüfen³⁹⁾. 3) In Bezug auf die Beschaffenheit der Leibesfrucht kommt in Betrachtung, ob Zeichen der Ueberreife⁴⁰⁾ vorhanden sind. Jedoch ist die Ueberreife deswegen kein nothwendiges und unerläßliches Merkmal der Spätgeburt. Denn nach den Beobachtungen der neuern Aerzte, eines Oslanders, Carus, Foderé und anderer, können, nach unzweifelhafter Verlängerung der Schwangerschaft, auch Kinder geboren werden, die den zeitigen an Reife und Ausbildung gleich sind, ja sie können klein, mager, und schwach seyn, welches in dem Körperbau und Gesundheitszustande der Mutter, so wie in Krankheiten, welche die Mutter im Laufe der Schwangerschaft ausgestanden hat,

39) Man sehe hier wieder Hente's angef. Abhandlung. S. 340.

40) Man vergl. Hente S. 541. Lit. a. und Wende a. a. O. §. CXXXIV. S. 318, f.

seinen Grund haben kann; sie müssen aber doch immer in ihrer Bildung diejenige Eigenthümlichkeit haben, welche die Reife bezeichnet ⁴¹⁾. Hätte daher die Wittwe im zehnten Monate nach des Mannes Tode ein noch unreifes, wenn gleich lebensfähiges, Kind zur Welt gebracht; so kann ein solcher Partus nach rechtlicher Vermuthung keinesweges für ein ächtes Kind des Ehemannes gehalten werden ⁴²⁾.

Eine Folge der rechtlichen Vermuthung ist es nun, daß die klagende Ehefrau bis zum Ausgang des Processes auf die provisorische Alimentation ihres Kindes den Antrag machen kann ⁴³⁾. Diese Präsumtion stellt einstweilen den Beklagten als Vater des Kindes auf, und er ist daher auch, weil er dadurch in die Verhältnisse eines Vaters gesetzt wird, die Verbindlichkeiten der Paternität zu übernehmen schuldig, und muß sich also auch die Alimentation des Kindes gefallen lassen, bis er durch richterliches Erkenntniß freigesprochen worden ist ⁴⁴⁾.

§. 1287. F.

In wiefern kann die Frau bey der Präjudicialklage de partu agnoscendo Voranschuß der Proceßkosten fordern?

Wenn die Frau mit der Präjudicialklage de partu agnoscendo vor Gericht auftritt, so kann die Frage

41) S. Mende Handbuch 2. Th. §. CXXIII. S. 309.

42) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 116. h. S. 104. f.

43) Arg. L. 7. D. h. t. CARRACH Adnotationes ad Boehmeri doctrinam de Actionibus Sect. II. Cap. I. §. 24. Not. a. Verb. Provisionaliter p 79.

44) S. Smelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. §. 40. S. 75 ff.

entstehen, ob sie auch den Vorschuß zu den Proceßkosten von ihrem Mann verlangen könne, wenn sie solche selbst zu bestreiten außer Stand seyn sollte? (Smelin ⁴⁵) unterscheidet, ob die Frau klagt, während die Ehe zwischen ihr und ihrem Manne noch besteht, oder ob die Ehe zur Zeit der angestellten Klage bereits aufgehoben war. Im ersten Fall hat es keinen Zweifel, daß der Mann zur Auslage der Proceßkosten für die Frau zu verurtheilen sey. Denn da hier die Verhältnisse der beyden Eheleute noch fortbauern, so müssen auch ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, als Folgen jener Verhältnisse, ihre ursprüngliche Wirkungskraft noch beybehalten. Der Mann muß daher nicht nur der Frau, solange er von ihr noch nicht geschieden ist, den standesmäßigen Unterhalt geben, sondern er ist auch als Haupt der Familie schuldig, die in der Ehe erzeugten Kinder als Vater in seine Vorsorge zu nehmen, mithin auch diejenigen, für deren Vater er nach rechtlicher Vermuthung gehalten wird, wenn auch deren Abstammung von ihm noch zweifelhaft ist. In dem letztern Falle hingegen soll das Gesuch der geschiedenen Frau um Vorschuß der Proceßkosten offenbar grundlos und vergebens seyn. Denn ist das Band, das sie einst an ihren Gatten knüpfte, einmal aufgelöst; so sey auch ihr voriger Mann durch die Ehescheidung von den ehemaligen Verbindlichkeiten des Ehegatten unmittelbar befreiet worden. Liegt nun auf ihm nicht mehr die Verbindlichkeit zur Alimentation der geschiedenen Frau, so sey auch nicht abzusehen, aus was für einem rechtlichen Grunde man ihn zu diesem Aufwande verbindlich machen könnte.

Allein schon längst hat die Praxis den Grundsatz angenommen, daß der Beklagte dem Kläger zum Vorschuß

45) Angef. Abhandl. S. 31 — 33.

der Proceßkosten gehalten sey, wenn letzter arm ist, und die Vermuthung einer gerechten Sache für sich hat ⁴⁶). Diesem Grundsatz zu Folge würde es also vielmehr darauf ankommen, ob die geschiedene Frau sich in einer solchen Lage befindet, wo der Mann vermöge des *Senatusconsulti Planciani* das Kind als das seinige anerkennen muß, wenn er nicht beweisen kann, daß es von ihm nicht gezeugt sey, oder nicht. Nur in dem letztern Falle stimme ich *Gmelin's* Meinung bey, in dem ersten aber verdient die Meinung der Praxis, als die mehr begründete, den Vorzug.

S. 1288.

In wiefern kann die geschwächte ehelose Mutter eines Kindes mit der Präjudicialklage *de partu agnoscendo* gegen den Sturprator auf die Alimentation klagen? Unterschied zwischen dem Römischen und heutigen Recht. Einfluß des Canonischen Rechts.

Die beyden *Senatusconsulte*, das *Plancianische*, und das unter dem *K. Hadrian* gemachte, gingen nur auf die Anerkennung solcher Kinder, die in rechtmäßiger Ehe gezeugt worden. Die geschwächte ehelose Mutter kann also nach dem Röm. Recht vom Vater ihres unehelichen Kindes keine Agnition und Alimentation des Partus verlangen ⁴⁷). Ob nicht wenigstens der Concubine eine *actio*

46) *Argum. L. 27. §. 3. D. de inoff. testam. L. ult. Cod. de ordine cognition.* WERNER *Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 83.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIII. Medit. 7 et 8.* CRAMER *Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 933.* REINHARTH *Select. Observation. ad Christinaei Decisiones Vol. IV. Obs. 54.*

47) *G. Gmelin über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. §. 34.* und *Jal. Frid, MALBLANC Diss. sistens*

de partu agnoscendo utilis gestattet worden? Man sollte es glauben, weil doch der Concubinatus bey den Römern für eine erlaubte Verbindung gehalten wurde, und eine Concubine in dem Hause desjenigen, mit dem sie in dieser Verbindung lebte, uxoris loco war ⁴⁸⁾. Dennoch schweigen die Gesetze hiervon gänzlich. Wir finden auch nicht, daß das von einer Concubine geborne Kind nach rechtlicher Vermuthung für ein Kind desjenigen gehalten worden wäre, in dessen Hause die Concubine, als solche, lebte. Die rechtliche Vermuthung, vermöge welcher der Ehemann für den Vater der von seiner rechtmäßigen Gattin gebornen Kinder gehalten wird, spricht nur für eheliche Kinder. Nur das Daseyn einer rechtmäßigen Ehe enthält den Grund dieser rechtlichen Vermuthung, wie die Regel lehrt: *Pater is est, quem NUPITIAE demonstrant* ⁴⁹⁾. Eben so waren auch die in dem römischen Recht für Früh- und Spätgeburten festgesetzten Normaltermine, innerhalb welcher die Rechtmäßigkeit derselben angenommen werden darf, bloß in favorem partus et matrimonii aufgestellt, und fanden bey unehelichen Kindern keine Anwendung ⁵⁰⁾. Denn Spurii und vulgo quaesiti hatten

fata actionis de partu illegitimo agnoscendo. *Tubingae* 1814. auctore *Andr. MENNER* §. IV.

48) *L. 144. D. de Verb. Signif.*

49) *L. 5. D. de in ius voc. C. Franz. RAMOS DEL MAREANO* Schediasma de Concubinibus Cap. 2. (in *Theo. Meerman. Tom. V. pag. 556.*)

50) *C. Pet. Lud. BEHRMANN* Commentat. de termino nascendi naturali unico filiationis, et paternitatis fundamento (*Goetting. 1784.*) §. 9. *Alb. Guil. Aug. BECKER* Commentat. de partu septimestri, eoque spurio non legitimo? *Lipsiae* 1805. 8. §. 17. pag. 119 sqq. und *MALBLANC* cit. *Diss. §. IV.*

gar keinen Vater, von diesen hieß es: *matrem sequuntur*⁵¹⁾). Nur dann, *cum legitimae nuptiae factae sint*, sagt Celsus⁵²⁾, *patrem liberi sequuntur*. Uneheliche Kinder können daher nach dem römischen Recht nur von der Mutter ihren Unterhalt verlangen, wie Ulpian⁵³⁾ ausdrücklich lehrt: *Ergo et matrem cogimus praesertim vulgo quaesitos liberos alere*. Von einer der Geschwächten von dem Stuprator zu leistenden Privatgenugthuung schweigt auch das Römische Recht gänzlich⁵⁴⁾).

In Deutschland sind aber diese strengen Grundsätze des Röm. Rechts nicht angenommen, sondern es ist so wohl der Zustand der unehelichen Kinder, als der geschwächten ehelichen Mutter von jeher besser gewesen. Man gestattet der Mutter nicht nur die Präjudicialklage *de partu agnoscendo*, als eine *actio utilis*, gegen den Vater ihres Kindes auf Verpflegung desselben, sondern man berechtigt sie auch Ehe oder Ausstattung von dem zu fordern, der sie geschwängert hat. Der Grund dieses heutigen Rechts beruhet hauptsächlich in den Verordnungen des Canonischen Rechts. Denn diese legen, ohne einige Rücksicht auf die römischen Gesetze, dem Vater schon, als Zeuger seines Kindes, die Pflicht auf, auch seine unehelichen Kinder zu ernähren, ja sogar solche, die im Ehebruch erzeugt sind⁵⁵⁾). Er ist dazu sogar in einem vorzüglicheren

51) *L. 23. et L. 19. D. de Statu hom.*

52) *L. 19. D. cū.*

53) *L. 5. §. 4. D. h. t.* Man vergleiche §. 1286. C. 68. ff.

54) *C. Christ. Frid. JÄGER Diss. de fati et fundamento obligationis stupratorum ducendi aut dotandi vitiatas, praes. Christ. Gottl. GMBELIN def. Tub. 1797. 4. §. 2 et 3.*

55) *C. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. juris univ. Tom. IV. Obs. 90. Joh. Ehrh. von Quidford*

Grade, als die Mutter, verbunden⁵⁶⁾. Es muß also auch die Mutter des unehelichen Kindes ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten, wenn er dieselbe verweigert oder verzögert, aufzufordern, und durch die Präjudicialklage *de partu agnoscendo* die Verpflegung ihres Kindes auf ihn zu übertragen berechtigt seyn⁵⁷⁾. Da diese Klage eben so, wie die directe Präjudicialklage, auf Anerkennung und Ernährung des unehelichen Kindes gerichtet wird, und auch die Paternität des Beklagten zum Grunde hat, so wird sie *actio de partu agnoscendo utilis* genannt⁵⁸⁾.

Eben so wurde auch die Verbindlichkeit des Stuprators die Geschwächte zu heyrathen, oder auszustatten, durch das Canonische Recht begründet⁵⁹⁾. Das Canonische Recht legte hier eigentlich das mosaische Recht⁶⁰⁾ zum Grunde. Nach diesem war derjenige, welcher eine unbescholtene Jungfrau zum Venschlaf verführte, verpflichtet, die Verführte zu heyrathen. Ob sie auch in diesem Falle der Verführer, welcher sie heyrathete, habe ausstatten müs-

Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts. 2. B. §. 482.
 S. 229 ff. (der neuesten Ausgabe von Konopatz.) und
 MALBLANG Diss. cit. §. IX.

56) S. oben §. 1286. S. 77. a. E. u. f.

57) S. Gmelin über die Präjud. Klage *de partu agnosc.*
 §. 34. S. 83.

58) S. Schmidt's pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen
 und Einreden. §. 394. ff. und Weber zu Schmidt
 Not. k.

59) GMELIN s. JAEGER Diss. cit. §. 5 et 6.

60) S. 2. B. Mose Kap. XXII. v. 15 u. 16. und 5. B.
 Mose Kap. XXII. v. 28 und 29.

sen, wird bezweifelt ⁶¹⁾. Soviel ist indessen gewiß, daß wenn auch der Vater ihm die Tochter nicht zum Weibe geben wollte, der Verführer doch nach dem Mosaischen Rechte schuldig war, soviel, als für den Kauf einer Jungfrau zur Ehe gewöhnlich war, dem Vater zu erlegen ⁶²⁾. Das Canonische Recht verbindet Beydes, und verpflichtet, nach der versio vulgata des hebräischen Textes ⁶³⁾, den Verführer einer unbescholtenen Jungfrau sowohl zur Ehe als Ausstattung. Verweigert er die Ehe, so soll er am Körper gezüchtigt, excommunicirt, und ins Kloster gesteckt werden. Es gehören hierher aus den Decretalen Gregors IX. *Cap. 1. et 2. X. de adulteriis et stupro*. Der erste Text, welcher in *Exodo* überschrieben ist, enthält das Mosaische Gesetz, und dieß war schon früher in der christlichen Kirche angenommen ⁶⁴⁾. Er lautet so:

Si seduxerit quis virginem, nondum desponsatam, dormieritque cum ea: *dotabit eam, et habebit uxorem*. Si vero pater virginis dare noluerit: reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt.

Der andere Text enthält eine Verordnung vom Pabst Gregor I. vom J. 591.

Pervenit ad nos, quod Felix quandam virginem stupro decepit. Quodsi verum est; quamvis

61) S. BOEHMERI *Observat. select. ad Carpzovii Practic. nov. Rer. crim. P. II. Quaest. LXVIII. Obs. I. p. 27 sq.*

62) S. MICHAELIS *mosaisches Recht. Th. V. §. 267.*

63) S. JO. SELDEN *Uxor. Ebraica Lib. I. Cap. 16.* und J. H. BOEHMER *iur. eccles. Prot. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 2 et 3.*

64) *Can. Apostol. LXVI.*

esset de lege poena plectendus: nos aliquatenus legis duritiam mollientes, hoc modo disponimus, ut aut, quam stupravit, uxorem habeat, aut si renuendum putaverit, corporaliter castigatus, excommunicatusque, in monasterio, in quo agat poenitentiam, detrudatur, de quo nulla sit egrediendi sine nostra praeceptione licentia ⁶⁵).

Das Canonische Recht wollte also, wie aus diesen Texten erhellet, durch die Annahme des mosaischen Rechts, bloß die Strafe mildern, die das Röm. Recht auf das Stuprum gesetzt hatte, und betrachtete daher die Privatgenugthuung der geschwächten Frauensperson als eine Strafe, deren Cognition vor die geistlichen Gerichte gezogen wurde ⁶⁶). Die Glossatoren verstanden dieses nun so, daß wenn der Verführer die Geschwächte heirathe, er sich dadurch von aller weitem Strafe befreien könne ⁶⁷). Man erließ in diesem Falle dem Stuprator die Verbindlichkeit zu dotiren um so mehr, da sie die Verordnung des Pabsts Gregor des Großen nicht deutlich außsprach, und die alte Sitte, nach welcher ehemals bey den Deutschen der Mann seiner Frau eine Dos zubrachte, durch das

65) Daß hier von keiner alternativen Verbindlichkeit die Rede sey, hat BOEHMER in seiner Ausgabe des Corp. I. C. ad h. cap. Not. 99. gezeigt. Man sehe auch Desselben Jus eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 4.

66) S. Ge. Lud. BOEHMER Diss. de mulctis stuprorum. Goett. 1749. Cap. I. §. 13 sqq. (in *Elect. iur. civ.* Tom. III. Exero. XXII.) GMBLIN Diss. cit. §. 11. und MALBLANC Diss. cit. §. 9. pag. 36.

67) S. GONZALEZ TELLEZ Comm. in Decretal. Gregorii IX. ad cap. 2. X. de adult. et stupro. BOEHMER ius eccles. Protest. cit. loc. §. 6.

Römische Recht längst erloschen war. Hierzu kam, daß wenn der Stuprator die Geschwächte heyrathete, derselben auch soviel nicht mehr daran gelegen war, zugleich eine Dos zu erhalten. Nur dann, wenn die Ehe nicht erfolgte, sondern der Verführer der Geschwächten eine Dos zu ihrer Abfindung gab, hielt man ihn für straffällig. Wie man nun in der Folge das Privatinteresse der Geschwächten von der öffentlichen Strafe genauer zu trennen anfang, so bildete sich nach und nach durch den Gerichtsgebrauch die nun allgemein herrschend gewordene Meinung, daß der Stuprator nur zu Einem von Beyden verbunden sey, ent weder die Geschwächte zu heyrathen, oder sie anzustatten, und die Wahl habe, wozu er sich entschließen wolle⁶⁸⁾. Nachdem endlich auch in den meisten deutschen Ländern gewisse Strafen für die Schwächung waren bestimmt worden; so konnte nun zwar der weltliche Richter die Cognition des Vergehens vor seinen Gerichtshof ziehen; allein die Beschaffenheit der geistlichen Strafe, mit welcher das Canonische Recht die Schwächung bedrohet, und die nur von dem geistlichen Gericht erkannt werden konnte, machte, daß das Stuprum doch noch immer unter den geistlichen Verbrechen seinen Platz behauptete. Dieß hatte nun die Folge, daß das Stuprum für ein crimen mixtum gehalten wurde, welches eben sowohl von dem weltlichen, als geistlichen Richter bestraft werden konnte, und daraus entstand ein neues Unheil, nämlich daß der Stuprator von beyden Gerichten in Strafe genommen werden konnte⁶⁹⁾.

68) Man sehe hier vorzüglich JAEGER s. GMELIN Diss. de fatiis et fundamento obligationis stuprator. ducendi aut dotandi vitiatas. §. 12 et 13.

69) S. BORNERA Diss. cit. de mulieris stuprorum. Cap. I. §. 17. Es wird daselbst eine merkwürdige Stelle aus

Wie man aber bey der durch Luther im sechzehnten Jahrhundert veranlaßten Kirchen-Reformation unter andern auch darauf bedacht war, die geistliche Gerichtsbarkeit auf ihre Gränzen, die sie öfters überschritten hatte, zurückzuführen, so wurde nun auch die Bestrafung des Stuprums den geistlichen Gerichten entzogen, und bloß den weltlichen Gerichten überlassen ⁷⁰).

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche hat also der Verführer die Wahl, ob er die Geschwächte heyrathen oder ausstatten will. Denn die Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte ist jetzt eine bloß alternative ⁷¹). Die Geschwächte kann daher auch nur auf Eins von Beyden klagen, sonst kann ihr die *exceptio plus petitionis* entgegengesetzt werden ⁷²). Diese Verbindlichkeit tritt nach vollzogenem Beyschlaffe *ipso iure* ein, wenn gleich die Geschwächte davon nicht schwanger geworden ist ⁷³). Es kommt auch darauf nicht an, ob

den *Capitularib. RR. Francor. Lib. VII. cap. 306.* angeführt.

70) S. BOEHMER Diss. cit. Cap. I. §. 21. Jo. Sam. Frid. BOEHMER Observation. select. ad Carpovium P. II. Quaest. LXIX. Obs. 1. p. 31. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. 2. B. §. 477. b. S. 264. der neuesten Ausgabe von Konopaf. und MALBLANC cit. Diss. §. IX. pag. 26.

71) S. Burc. BARDILI Diss. de satisfactione stupratae. Tubingae 1685. Aug. a LEYSER de stupri iudicio civili, in Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. 583. und von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 2. B. §. 479—481. nach der Ausg. von Konopaf.

72) S. LEYSER cit. Specim. medit. 2. und Koch Institution. iuris crim. §. 282. edit. octav.

73) So lehren alle sowohl theoretische als practische Rechtsgelehrte. S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quotidie

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 155

die Geschwächte eine Jungfrau oder Wittwe ist ⁷⁴). Die eine hat, wie die andere, das Recht, die Erfüllung einer

obvenient. Vol. VI. Obs. 878. de CANNIGERER Collect. Decision. Hassv-Cassellanar. Tom. II. Decision. 307. KIND Quaestiones forens. Tom. II. Cap. 47. von Quistorp Grundsätze des deutsch. peinlichen Rechts. 2. B. S. 479. S. 268. KOCH Institut. iuris crim. S. 283. PÜTTMANN Elem. iuris crim. S. 586. Theod. KRETSCHMANN Comm. de stupro voluntario. (Stuttgart. 1791. 4.) Sect. IV. S. 108. Schweppe Röm. Privatrecht. S. 728. u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch Herr Oberappellationsrath Ritter von Hagemann in den practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. Band Erbt. C. Daß eine unbescholtene, aber nicht geschwängerte Frauensperson, wegen einer bloß durch Verführung erlittenen Schwächung gegen den Stuprator auf Entschädigung klagt, wird freylich ein feltner Fall seyn, besonders wenn der Bey Schlaf nicht kundbar geworden ist. Allein es kommt hier darauf an, ob sie nicht zur Klage berechtiget sey? und dies läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Denn die Gesetze erfordern zur Begründung der Verbindlichkeit des Stuprators weiter nichts, als daß er eine unbescholtene Jungfrau zum Bey Schlaf verführt habe. 2. B. Mose XXII. B. 16. und 5. B. XXII. B. 28 und 29. Cap. 1 et 2. X. de adult. et stupro. Von einer Schwängerung ist nirgends die Rede. S. Michaelis Mos. Recht. 5. Th. S. 267. Schwängerung wird auch zum Begriff des Stuprums gar nicht erfordert. S. Littmann's Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts. 3. Th. S. 567. und von Quistorp Grundsätze des P. R. 2. B. S. 473. Ist die Klage einmal angebracht, wie kann sie nun zurückgewiesen werden? die Sache ist jetzt einmal gerichtskundig. Sie soll aber wegen eines öffentlich kundgewordenen Bey Schlafs Satisfaction fordern können. Und wer steht ihr dafür, daß die Schwächung nicht durch

von beyden Verbindlichkeiten von dem Stuprator zu verlangen. Ihr Ruf muß nur unbescholten seyn. Denn der Grund der Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte beruhet in der gegen den ersten streitenden Vermuthung, daß er die Geschwächte zum Bey Schlaf verführt, und ihr dadurch die Gelegenheit einer anständigen Heyrath entzogen oder erschwert habe⁷⁵). Es giebt nun aber

I. Fälle, wo diese Verbindlichkeit ganz wegfällt⁷⁶). Dahin gehört. 1) Wenn die Geschwächte früher von einem Andern geschwängert worden ist. Denn bey dieser findet der Grund, aus welchem einer unbescholtnen Frauensperson Genugthuung gebührt, nicht statt. Ihre jungfräuliche Ehre hatte sie schon durch die erste von einem Andern erlittene Schwängerung verlohren; es konnte ihr also durch die zweyte Schwängerung in Absicht ihres künftigen Glücks kein weiterer Nachtheil zugefügt werden, da sie durch den zugelassenen ersten

den Verführer selbst über kurz oder lang kundbar werde, indem er sich der unzüchtigen Vertraulichkeit mit ihr berühmt. Warum sollte sie ihm nicht mit ihrer Klage zuvorkommen dürfen?

74) S. von Quistorp angef. Grundr. des P. R. 2. B. §. 479. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 7. B. Nr. 361.

75) S. LEYSER cit. Specim. DLXXXIII. medit. 10. BOEHMER iur. Eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 9. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 163. und 3. Th. Bed. 125 und 147. KOCH Institut. iuris orim. §. 281.

76) Georg. Jac. HOFFER Diss. de virgine atuprata a stupratore non dotanda. Giess. 1712. besonders Jo. Jac. SCHMID Diss. de exceptionibus stupratam ad satisfactionem privatam contra stupratorem agentem repellentibus. Altorf. 1794. 4.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 157

Beyschlaf die Gelegenheit eine ihrem Stande gemäße Heyrath zu thun bereits verschert hatte ⁷⁷). Man nennt zwar freylich im Criminalrecht eine jede Weibsperson, sie sey Jungfrau oder Wittwe, die sich nicht ohne Wahl einem jeden Preis giebt, wenn sie gleich mit Verschiedenen den Beyschlaf gesetzwidrig befriediget hat, und nur zur Zeit des Beyschlafs von unberüchtigtem Lebenswandel gewesen, eine ehrbare und unverläumdete Weibsperson ⁷⁸); allein bloß um sie von einer Hure (meretrix), und hierdurch in criminalrechtlicher Hinsicht Schwächung und Hurerey zu unterscheiden; auf die Verbindlichkeit des Stuprators zur Entschädigung der Geschwächten hat dieß keinen Einfluß ⁷⁹). Man pflegt hiervon zwey Fälle anzunehmen ⁸⁰), nämlich a) wenn die Ges

77) *S. BOHNBERG* ius eccles. Prot. c. l. §. 11. *STRUBEN'S* rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 147. *JOH. CHRIST. QUISTORP'S* Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XLVII. S. 705 ff. der 2. Aufl. von *BÜLOW* und *HAGEMANN'S* pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. LXIX. *KOCH* Institut. iur. crim. §. 283. *SCHMID* cit. Diss. §. 16. *SCHWEPPE* Römisches Privatrecht. §. 428. Anderer Meinung sind jedoch *HOMMEL* Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 19. *WERNHER* Observat. for. Tom. II. P. II. Obs. 135. *BERGER* Oecon. iuris Lib. III. Tit. 11. Th. 4. not. 12. und *PÜTTMANN* Elem. iur. crim. §. 586. Man sehe jedoch *MÜLLER* Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Fasc. I. Obs. 902. pag. 187 sq.

78) *S. von QUISTORP* Ord. des P. R. §. 475. *FEUERBACH'S* Lehrbuch des P. R. §. 452.

79) *S. QUISTORP'S* angef. Beyträge S. 707 ff.

80) *S. QUISTORP* in den angef. Beyträgen. S. 713 ff. und *MÜLLER* in Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Fasc. I. Obs. 902. pag. 191. sqq.

schwächte von demjenigen, von welchem sie zuerst geschwängert worden ist, wegen der vermögenslosen Umstände desselben, oder aus andern ihr nicht zuzurechnenden Ursachen keine Entschädigung erhalten hat. Denn da die Gesetze und ein unbestrittener Gerichtsbrauch einer Geschwächten von ledigem Stande und unberüchtigtem Wandel eine Genugthuung unter dem Namen einer dos zubilligen, und zwar darum, weil ihr die Gelegenheit zu einer anständigen Heyrath, durch die erlittene Schwächung, benommen worden ist; so würde es, sagt man, unbillig seyn, daß eine Geschwächte darum, weil sie unverschuldeter Weise von dem ersten Verführer hülflos gelassen worden, nun nicht weiter befugt seyn sollte, von dem zweyten Verführer eine Abfindung zu verlangen. b) Wenn die Geschwächte von dem ersten Stuprator nicht bloß zum Bey Schlaf verführt, sondern wider ihren Willen gezwungen worden ist. Unter diesen Umständen, sagt man, sey der Geschwächten die Abfindung schlechterdings zuzusprechen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob sie von dem ersten Schwängerer eine dos erhalten habe, oder nicht. Denn durch Nothzucht werde die jungfräuliche Ehre mehr, als durch einen blossen unehelichen Bey Schlaf, verletzt, daher müsse auch hier ein grösserer Ersatz für den erlittenen Nachtheil erfolgen, weil hierdurch die Gelegenheit, sich anständig zu verheyrathen, weit mehr erschwert werde. Allein so wenig es in dem letzten Falle einigem Zweifel unterworfen ist, daß die Genothzüchtigte ob *attentatae pudicitiae infamiam* mittelst der Injurienklage Genugthuung verlangen kann⁸¹⁾; so wenig ist abzusehen, wie in dem ersten Falle der Umstand, daß die Geschwächte von dem ersten Stuprator keine Abfindung erhalten, einen Grund abgeben könne, dem zweyten Ver-

81) L. 1. §. 2. L. 9. §. 4. D. de Iniuriis.

fürher die Leistung derselben aufzulegen, wenn der Geschwächten überhaupt keine dos gebührt. Wollte man diese Meinung in den Gerichten aufkommen lassen, so würde man dadurch, statt der Unzucht Einhalt zu thun, die Schwächungen offenbar begünstigen. Eine Geschwächte, welche von ihrem ersten Verführer keine Entschädigung erhielt, würde, statt sich dadurch von aller weitem Versuchung abschrecken zu lassen, die nächste Gelegenheit, an der es ihr nicht fehlen dürfte, benutzen, um sich von einem zweyten verführen zu lassen, von dem sie, nach den Vermögensumständen desselben, mit mehr Zuversicht eine angemessene Abfindung zu erwarten hätte. Von dieser Seite betrachtet, ist es schon gar nicht der Klugheit gemäß, eine solche Meinung zu billigen, welche daher mit Recht verworfen wird⁸²⁾. Ich stimme vielmehr aus voller Ueberzeugung den um unsere Wissenschaft unsterblich verdienten Böhmer⁸³⁾ bey, wenn er sagt: *Nemo facile dixerit, toties stupratae dotem deberi, quoties postea in idem incidit naufragium. Quae secunda vel tertia vice stupro sese vitandam praebuit, nullo nec favore digna, nec laesionem aliquam, aut iacturam estimationis bonae, quam post primum stuprum iam amiserat, incurrit.* Die Geschwächte macht sich 2) des Anspruchs auf Leistung einer Entschädigung verlustig, wenn sie selbst den Stuprator zum Beyschlaf verführte⁸⁴⁾. Da

82) G. SCHMID Diss. cit. §. XVI. in fin.

83) Jur. Eccles. Protest. Tom. V. c. 1. §. XI. pag. 104.

84) G. VORT Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 4. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 162. BOEHMER ad *Carpzovium* P. II. Quaestion. LXVIII. Obs. 4. MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum*. Tom. VI. Obs. 900. SCHMID cit. Diss. §. 20.

jedoch eine solche Frechheit gegen den weiblichen Character streitet, so liegt jederzeit dem Beklagten, der diese Einrede der Klägerin entgegensezt, der Beweis ob, welcher jedoch dadurch noch nicht für geführt zu achten ist, daß sie zu dem Beklagten ins Bett gekommen sey, wenn dieses nicht unaufgefordert, sondern auf vorgängige Verabredungen, und im Gefolge früherer Vertraulichkeiten geschah⁸⁵⁾.

3) Wenn sie sich ausdrücklich für die Verwilligung des Beyschlafs eine Belohnung ausbedungen, und solche auch erhalten hat. Denn dadurch verzichtete sie stillschweigend auf eine weitere Entschädigung⁸⁶⁾. Jedoch sind freywillige Geschenke, wodurch der Stuprator die Neigung der Geschwächten zu gewinnen suchte, oder die er ihr nach vollbrachten Beyschlaffe machte, dafür nicht zu rechnen⁸⁷⁾.

4) Wenn sie eines unzüchtigen Lebenswandels überführt, und bewiesen werden kann, daß sie sich jeder Manns person ohne Unterschied überlassen habe, so daß kein ehrliebender Mann sie hätte heyrathen mögen⁸⁸⁾.

85) Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. VI. B. Erört. 100. §. 6. und von Quistorp Erbs. des N. R. §. 480. Not. b.

86) C. VORZ Commentat. ad Pand. a. l. Hagemann's pract. Erörterungen a. a. D.

87) HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 878. pag. 488. Littmann's Handb. d. deutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 571. Not. k. und Hagemann a. a. D. Not. 14. S. 402.

88) L. 43. pr. et §. 1—3. D. de ritu nupt. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. medit. 21—24. KOCH Institut. iur. crim. §. 272. MÜLLER ad Leyseram cit. Tom. VI. Observ. 902. SCHMID cit. Diss. §. 13.

5) Wenn sie dem Stuprator die ihm zustehende Wahl dadurch genommen hat, daß sie sich vor, oder nach erhobener Klage, jedoch noch vor rechtskräftiger Definitiv-Entscheidung des Processes, mit einem andern verheyra- thete ⁸⁹⁾, oder nach dem Beyschlaffe mit dem Kläger auß- neue mit einem Andern Unzucht trieb, denn ein solches Vergehen würde auch selbst ein gültiges Eheverlöbniß wie- der aufzuheben berechtigt haben ⁹⁰⁾. Jedoch nimmt man mit Recht den Fall aus, wenn der Beklagte schon vor erfolgter anderweit getriebenen Unzucht der Klägerin vor Gericht erklärt hatte, daß er sie nicht heyrathen könne und wolle. Hier kann er dennoch verurtheilt werden, der Klägerin wegen der nicht abgeläugneten Schwängerung gebührende Genugthuung zu leisten, weil hier der Grund, daß dem Beklagten die rechtliche Wahl durch der Klägerin Ver- schuldung genommen sey, nicht in Anwendung kommen kann ⁹¹⁾. Wenn man aber auch noch den Fall hierher rechnen will, da bey erfolgter Verheyrahlung der Ge- schwächten, derselben Ehemann, nachdem er die frühere Schwangerschaft seiner Frau entdeckt, sich wieder von ihr scheiden lassen ⁹²⁾; so ist diese Ausnahme ungegründet,

89) LEYSER Specim. DLXXXIII. Corol. 1. Vol. IX. p. 173.
 ВОЕНМЕР ad Carpovium P. II. Quaest. LXVIII.
 Obs. 10. Quistorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th.
 Bemert. LXXVI. §. 1. und Hagemann's pract. Er-
 örterungen a. a. D. §. 8. S. 405.

90) VOLT o. l. von Quistorp Erbf. des deutsch. peinl.
 Rechts. 2. B. §. 480. SCHMID cit. Diss. §. 19:

91) S. Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen
 aus dem Crim. und Civilrechte. 1. B. Bemert. XII.

92) Jo. Frid. BECKER Diss. An stuprata, ab alio iam in
 matrimonium ducta, dotem a stupratore adhuc petere
 Stück's Erläut. d. Pand. 28. Th. 2

weil hier die Geschwächte einer solchen gleich zu achten ist, die durch Zulassung abermaliger Schwächung dem Stuprator die Wahl genommen hat⁹³⁾.

6) Wenn die Geschwächte die Ehe, zu welcher sich der Stuprator bereitwillig erklärt hatte, ausschlug, ohne daß dieser Ehe ein gesetzliches Hinderniß entgegenstand⁹⁴⁾. Jedoch kann es für eine Weigerung auf Seiten derselben nicht angesehen werden, wenn der Stuprator die Vollziehung der Ehe von Bedingungen abhängig machen will, welche die Geschwächte nicht eingehen kann⁹⁵⁾. Ein gesetzliches Hinderniß würde eintreten, wenn die Eltern der Geschwächten, oder die Eltern des Stuprators, in deren Gewalt sich noch der eine oder andere Theil befindet, aus gerechten Ursachen in die Ehe nicht einwilligen wollen⁹⁶⁾. Ueberhaupt würde die Verweigerung der Ehe auch von Seiten der Geschwächten unnachtheilig seyn, wenn sie aus einem solchen Grunde geschehen sollte, aus welchem auch selbst ein gültiges Eheversprechen wieder aufgehoben werden kann⁹⁷⁾. Die Geschwächte kann hier noch die gebührende Ausstattung verlangen.

possit. *Gloss.* 1787. §. 6. von Quistorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. S. 252.

93) S. JAEGER in der Not. 68. angef. Diss. §. 28.

94) CARPZOV *Jurispr. for.* P. IV. Const. XXVII. Def. 1. BORNER *inr. eccl. Prot.* Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 10. LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Spec. CCXCIV. medit. 4. HOEFFT *Diss. cit.* Cap. III. §. 8. von Quistorp *Erdf. des N. R.* 2. B. §. 480.

95) Hagemann *pract. Erörterungen.* 6. B. Erört. 100. §. 8. S. 407.

96) LEYSER *Meditation.* Vol. IX. Specim. DLXXXIII. medit. 5. 6 et 7. und Hagemann *a. a. D.* §. 8. Nr. 5. S. 407. und Schnauberts *Erdf. des Kirchent.* §. 229.

97) SCHMID *cit. Diss.* §. 17. und Hagemann S. 407.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 163

Uebrigens muß in allen diesen Fällen der Beklagte seine Einrede um so mehr beweisen, da sie auf Thatumständen beruht, für die geschwächte Weibsperson aber die Vermuthung der Unbescholtenheit streitet. Der Beweis muß daher immer auf specielle Thatfachen gerichtet werden. Die Einwendung, daß die Klägerin keine unbetastete Jungfrau mehr gewesen sey, ist daher als Einrede ganz unzulässig, und eben so verwerflich der ihr bloß im Allgemeinen dahin zugeschobene Eid, daß sie sich, außer dem Beklagten, sonst mit keiner andern Mannsperson vergangen habe. Denn da jede ledige Weibsperson solange nach rechtlicher Vermuthung für ehrbar und unbescholten gehalten werden muß, bis das Gegentheil bewiesen ist; so ist Niemand ihr zuzumuthen befugt, daß sie ihre Unbescholtenheit eidlich bekräftige⁹⁸⁾. Es giebt nun auch

II. Fälle, wo bloß die Wahl wegfällt, welche sonst dem Stuprator zusteht, und der Stuprator bloß diejenige Verbindlichkeit zu erfüllen hat, auf welche die Geschwächte zu klagen berechtigt ist. So kann

1) die Geschwächte schlechterdings auf die Ehe klagen, wenn der Beyschlaf unter der Hoffnung der Ehe geschah, d. h. auf ein gültiges Eheversprechen erfolgte⁹⁹⁾. Es gehört also weder hierher der Fall, wenn der Beyschlaf dem Versprechen der Ehe vorausging, noch auch wenn das Versprechen der Ehe während des Beyschlafs geschah, auch nicht wenn der Beyschlaf zwar

98) Vorr c. 1. Hagemann a. a. D. §. 5. S. 403.

99) Jo. Pet. de Ludwio Differentiae iuris Rom. et Germ. in stupro sub matrimonii spe. Diff. 1. nr. 2. Koch Institut. iur. crim. §. 282. Th. KRETSCHMANN Commentat. de stupro voluntario. Sect. IV. §. 101 — 107.

erst auf das Eheversprechen folgte, dieses aber an sich ungültig ist ¹⁰⁰⁾. Denn der Satz des ältern Canonischen Rechts, daß durch den Bey Schlaf sponsalia de futuro in sponsalia de praesenti verwandelt werden, und diese so unauflöslich, als die Ehe selbst, sind, findet jetzt weder bey den Katholiken noch Protestanten mehr Statt ¹⁾. Daß übrigens die unter der Hoffnung der Ehe Geschwächte aus dem Beyschlase schwanger geworden seyn müsse, um auf die Ehe klagen zu können, wird nicht erfordert ²⁾, so wie es denn auch gleichviel ist, ob die auf solche Art Geschwächte noch Jungfrau oder Wittwe ist ³⁾.

2) Die Geschwächte kann geradezu auf Ausstaltung klagen, wenn ohne ihr Verschulden die Sache dahin gekommen ist, daß die Ehe nun nicht weiter Statt finden kann ⁴⁾. Dahin gehört

a) Wenn die Eltern des Stuprators oder die Eltern der Geschwächten, in deren Gewalt sich der eine oder andere Theil befindet, aus gerechten Ursachen in die eheliche Verbindung nicht einwilligen wollen ⁵⁾. Daß der

100) S. Joh. Ehr. von Quidstorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXIX. S. 456—470. (der zweyten Aufl.) und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 4. B. Erört. LXV.

1) S. den 23. Th. dieses Commentars S. 1198. S. 71.

2) WERNHER Select. Observation. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 301. Quidstorp angef. Beyträge S. 469.

3) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 11. Th. IV. Not. 12.

4) LEYSER cit. Specim. DLXXXIII. medit. 5. und Koch Institution. iur. crim. §. 282.

5) LEYSER Specim. DLXXXIII. medit. 8 et 9. HOMMEL Rhapsod. Quasstion. forens. Vol. I. Obs. 19. nr. 3.

Dissensus der Eltern des Stuprators der Geschwächten nicht nachtheilig seyn könne, darin sind alle Rechtsgelehrten einverstanden. Allein ob in dem Falle, da dem Stuprator das ihm zustehende Wahlrecht durch die Versagung der Einwilligung der Eltern der Geschwächten, welche er zu heyrathen gesonnen ist, benommen wird, derselbe noch zu einer Dotation verpflichtet sey, ist zweifelhaft. Boet⁶⁾ verneint es. Dieser Meinung steht jedoch entgegen, daß der Widerspruch der Eltern der Geschwächten, sofern derselbe auf einem gerechten Grunde beruhet, eine Handlung ist, die der Geschwächten auf keine Weise zugerechnet werden, und also auch ihr nicht zum Nachtheil gereichen kann. Sie ist also in Ansehung ihrer gleichsam als ein Casus zu betrachten, wodurch ohne irgend eine Concurrenz von Schuld die Wahl dem Stuprator nun unmöglich wird. In einem solchen Falle ist aber bey einer alternativen Verbindlichkeit dasjenige Gegenstand der Obligation, dessen Leistung dem Schuldner noch möglich ist. Nach dieser Ansicht bleibt also der Stuprator schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Dotation verpflichtet⁷⁾. Ueberdem ist Mangel der elterlichen Einwilligung bey den ehelichen Verbindungen solcher Personen, die noch unter elterlicher Gewalt stehen, ein gesetzliches Ehehinderniß⁸⁾. Daß aber in einem solchen Falle der Stuprator

Jo. Sam. Frid. BOENNER Observ. select. ad Carpzovium P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 10. in fin. von Quistorp Grundf. des P. R. 2. B. S. 480. a. E. Hagemann pract. Erörterungen. 6. B. Nr. C. S. 7.

6) Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. S. 4.

7) C. den 4. Th. dieses Commentars. S. 316. C. 305.

8) C. den 23. Th. S. 1196.

zur Dotation verpflichtet sey, läßt sich selbst aus dem *Cap. 1. X. de adulter. et stupro* nicht undeutlich schließen. Wollte man endlich das Gegentheil behaupten, wollte man mit Voet annehmen, der Stuprator werde frey von seiner Verbindlichkeit; so würde ja der elterliche Dissensus eine wahre Wohlthat für den Stuprator seyn, deren er doch gewiß unwürdig ist.

b) Wenn sich der Stuprator mit einer andern Person verheyrathet hat ⁹⁾. Denn hierdurch hat er sich des ihm zustehenden Wahlrechts begeben.

c) Wenn er nachher eine andere Weibsperson geschwächt hat ¹⁰⁾. Denn aus diesem Grunde hätte auch ein gültiges Eheversprechen wieder aufgehoben werden können.

d) Wenn der Stuprator zur Zeit des verübten Beyschlafs schon verheyrathet war, oder auch sonst die Geschwächte gar nicht heyrathen kann; z. B. wenn ein katholischer Geistlicher ein Mädchen beschlafen, oder ein Jude eine Christin, oder ein Christ eine Jüdin geschwängert hat. Zwar ist es sehr streitig, ob in einem solchen Falle, besonders wenn der Verführer ein Ehemann ist, die Geschwächte auch dann Abfindung verlangen könne, wenn sie von dem Hinderniß der ehelichen Verbindung schon zur Zeit des zugelassenen Beyschlafs Kenntniß gehabt hat.

9) VOLT Comm. ad Pand. c. 1. §. 4. in fin. LEYSER o. l. medit. 5. HOMMEL Obs. 19. nr. 2. von Quistorp Ords. §. 480.

10) S. von Quistorp a. a. D. KRETSCHMANN Commentat. de stupro voluntario. §. 109. JÄGGER s. GRELIN Diss. de fatiis et fundamento obligat. stuprator. ducendi aut dot. vitiat. §. 27. pag. 62.

Viele ¹¹⁾ wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil sowohl das Mosaische, als das darauf sich gründende Canonische Recht die Möglichkeit der Ehe voraussetzen, und folglich die Geschwächte, welche gewußt hat, daß der Stuprator sie nicht heyrathen kann, sich ihres Rechts Genugthuung zu fordern, stillschweigend begeben habe. Die Dotation trete an die Stelle der ausgeschlagenen Ehe, als Leistung des Interesses, daß die Ehe nicht erfolgt sey. Falle also die Ehe, als rechtlich unmöglich, hinweg; so könne auch keine Verbindlichkeit zur Dotation, als deren Surrogat, Statt finden. Ueberhaupt sey es auch schon der Klugheit gemäß, die von Ehemännern geschwächten Weibspersonen mit der Klage auf Dotation abzuweisen, damit sie sich vor den Umarmungen der Ehemänner desto mehr hüten. Allein mit Recht wird diese Meinung von andern ¹²⁾ verworfen, weil die Gründe, auf denen sie

11) VOLT Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 4. p. 869. CARPZOV Jurispr. for. P. V. Const. XXVII. Def. 2. BARDILI Diss. de satisfactione stupratae. Cap. III. M. III. nr. 35. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 244. nr. 4. BASTINELLER Diss. de dote virgini a marito vitistae non praestanda. Vitemb. 1715. Jo. Ludw. Schmidt öffentliche Rechtsprüche 2. Abschn. Nr. XXXVIII. S. 263—267. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. VI. Fasc. I. Obs. 899. u. a. m.

12) J. H. BOEHMER iur. eccl. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 12. nr. 12. BERGER Elect. process. matrimonial. pag. 279. et pag. 524. LEYSER Meditat. cit. Specim. medit. 8. et 9. J. S. F. BOEHMER ad Carpzovium P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 7. von Quistorp Erbs. des b. N. R. 2. B. §. 479. S. 279. KOCN Institut. iuris crim. §. 283. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iuris canon. §. 878. Paul Jos. a RINCKER Institut.

beruht, höchst unbedeutend sind, und theils eine offenbare *petitio principii* enthalten, theils zuviel, und also nichts, beweisen. Denn Erstens richten wir uns ja jetzt weder nach dem Mosaischen, noch nach dem Canonischen Recht, sondern nach dem durch eine unbestrittene Praxis nun einmal angenommenen Grundsatz, daß der Verführer die Geschwächte entweder zu ehelichen oder auszustatten gehalten sey, und es übrigens seiner Wahl überlassen bleibe, wozu er sich entschließen will. Hat nun ein Ehemann eine unbescholtene ledige Weibsperson zum Benschlaf verführt, so wußte er ja, daß ihm in diesem Falle kein Wahlrecht zustehen könne, also hat nicht sowohl die Geschwächte auf die Dotation, sondern vielmehr der Stuprator auf die Wahl verzichtet. Der Verführer verliert folglich hier die Wahl, nicht durch Verschuldung der Geschwächten, sondern durch seine eigene Schuld. Er ist daher schon nach den allgemeinen Regeln einer alternativen Verbindlichkeit zur Dotation verbunden¹³⁾. Zweitens, ist aber auch zwischen beyden Verbindlichkeiten kein so enges Verhältniß vorhanden, daß die eine die Möglichkeit der andern nothwendig voraussetzt; sonst könnte sich ja der Stuprator nach Gefallen frey machen. Er dürfte sich nur verheyrathen. Welche Ungereimtheit! Vielmehr kann nach der Natur eines alternativen Forderungsrechts

iurispr. eccles. P. IV. §. 516. *Jos. Jo. Nepom. PERNER* Praelection. in ius ecoles. universa. P. II. §. 421. Not. pag. 266. *Xav. GMBINER* Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 837. Cor. 3. *SCHMID* Diss. cit. de exceptionib. stupratam ad satisfact. privat. contra stuprator. agentem repellentibus. §. 27 et 28. und *Hagemann's* pract. Erörterungen. 6. B. Erört. C. §. 7.

13) Arg. L. 95. §. 1. *D. de Solution.*

der Gläubiger, oder hier die Geschwächte, noch auf das Andere, das heißt, auf Dotation, Klagen, wenn durch die Culpa des Schuldners, hier des Stuprators, das Eine, nämlich die Ehe, unmöglich ist. Drittens ist es ganz irrig, daß die Dotation der Geschwächten ein Surrogat der Ehe sey. Sie ist keine wahre römische dos, sie ist vielmehr als ein Ersatz für die der Geschwächten entzogene oder erschwerte Gelegenheit, eine nach ihren Umständen vortheilhafte Heyrath einzugehen, zu betrachten¹⁴⁾. Sie kann also gefordert werden, auch wo keine Ehe Statt findet; weil hier immer noch der Grund der Verbindlichkeit zur Dotation gültig bleibt. Hierzu kommt Viertens, daß die Gesetze im Allgemeinen von Jedem sprechen, der ein unbescholtnes Mädchen zum Bey Schlaf verführt hat, ohne Rücksicht, er sey eine ledige Mannsperson, oder Ehemann. Diese gründen sich nun zwar freylich auf das Mosaische Recht, welches keine Wahl gestattet, sondern schlechterdings auf die Ehe dringt, ohne in Ansehung des Ehemannes eine Ausnahme zu machen, weil bey den Israeliten die Polygamie erlaubt war. Allein, wenn gleich jetzt die Polygamie unter Christen nicht mehr erlaubt ist, und daher die angeführten Stellen des Canonischen Rechts von einer ledigen Mannsperson verstanden werden müssen, welche die Geschwächte hey rathen kann; so müssen doch diese Gesetze, da sie die Vorschrift des Mosaischen Rechts zum Grunde haben, daraus erklärt werden. Man ist also allerdings zu der Schlussfolge berechtigt, daß weil, wegen des heutigen Verbots der Polygamie, die Ehe nicht Statt

14) S. BOHNER iur. eccles. Prot. c. 1. J. S. F. BOHNER Observat. ad Carpzov. P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 1. SCHMID Diss. cit. §. 11.

finden kann, wenigstens die Dotationsverbindlichkeit eintrete. Denn sonst würde ja der Ehemann, der sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, mehr begünstiget werden, als der Stuprator, welcher ledigen Standes ist¹⁵⁾. Endlich Fünftens wenn man sagt, es sey schon nicht der Klugheit gemäß, der Geschwächten in diesem Falle eine Klage zu gestatten, damit sich ledige Weibspersonen vor den Umarmungen der Ehemänner hüten möchten; so würde man mit eben dem Recht sagen können, es sey der Klugheit gemäß, alle Geschwächte mit ihren Ansprüchen gegen die Stupratoren abzuweisen, um sie von unkeuschen Umarmungen abzuhalten. Wenn Puffendorf¹⁶⁾ den Knoten dadurch zu lösen vermeint, daß der Ehemann der von ihm geschwächten Weibsperson zwar nicht zu einer Dotation, wohl aber zu einer Satisfaction für die Verführung zum Beyschlaf, und den Verlust ihrer jungfräulichen Ehre verbunden sey, so ist dies wohl für nichts anders als ein Wortspiel zu erklären.

e) Wenn der Stuprator, oder die Geschwächte gestorben ist. Denn sowohl die Verbindlichkeit des Stuprators zur Dotation, als die Klage der Geschwächten geht auf die Erben über. So wie also die Erben des Stuprators verbunden sind, die schuldige Abfindung aus der vorhandenen Erbschaftsmasse, so weit sie zureicht, der Geschwächten zu entrichten, ohne zu unterscheiden, ob die Geschwächte schon bey Lebzeiten des Stuprators ihre Abfindungsklage erhoben hatte, oder nicht¹⁷⁾; eben so können

15) S. BERLICH Concl. pract. P. V. Concl. XXXVIII. nr. 35.

16) Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 44.

17) VON COMMENT. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 5. in fin. BOHMER Observation. select. ad Carp-

auch noch die Erben der Geschwächten auf die ihrer Erblasserin nicht entrichtete Ausstattung klagen¹⁸⁾. Denn hier ist bloß von einer Privatgenugthuung die Rede, welche das Vermögen angeht. Solche Leistungen müssen nach dem canonischen Recht aus dem Vermögen des Verstorbenen bestritten werden, so weit es zureicht, wenn sie gleich aus einem Delict herrühren¹⁹⁾. Eine Wahl zwischen Ehe und Abfindung, wie Leyser²⁰⁾ meint, kann auch bey den Erben nicht mehr Statt finden²¹⁾. Viele Rechtsgelehrten²²⁾ behaupten zwar, daß die Klage auf Dotation nur dann auf die Erben der Geschwächten übergehe, wenn sie solche noch bey ihrem Leben selbst erhoben hat. Ja

200. P. II. Quaest. 68. Obs. 3. Koch Institut. iur. crim. §. 281. von Quistorp Grds. des P. R. 2. B. §. 479. S. 269. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. VI. Obs. 901. pag. 175 sqq.

18) BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. P. III. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 45. von Quistorp Grds. des P. R. §. 479. a. E. RIEGER Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 514. Not. PEREM Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 421. pag. 266. Xav. GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 837. Cor. 1. u. a. m.

19) Cap. ult. X. de sentent. excommun. Cap. 5. X. de raptorib. S. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

20) Specim. DLXXXIII. medit. 14.

21) S. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. VI. Obs. 901. pag. 182. Koch Institut. iur. crim. §. 281. von Quistorp §. 479. Not. o. JÄGER s. GMELIN cit. Diss. §. 25. pag. 57.

22) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IX. Tit. 10. nr. 52. VORZ Comm. ad Pand. c. 1. §. 5. J. S. F. BOEHMER Select.

einige ²³⁾ gehen soweit, daß sie den Erben nicht einmahl die Fortsetzung der Klage gestatten wollen, wenn die Geschwächte während des Processus, und vor der Verurtheilung des Stuprators, gestorben ist. Jene suchen ihre Meinung aus verschiedenen Gründen zu rechtfertigen. Einige betrachten die Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte als eine Privatstrafe, welche ihren Grund in der Verführung einer unbescholtenen Frauensperson habe, wodurch ihr die Ehre ihrer weiblichen Keuschheit geraubt worden, weil dem Staate selbst daran gelegen sey, daß den Frauenspersonen ihre Keuschheit unverlezt erhalten werde. Sie wenden daher die Grundsätze von Pönalklagen an ²⁴⁾, und wollen also auch nicht einmahl der Geschwächten eine Klage gegen die Erben des Stuprators gestatten, wenn sie solche nicht schon bey dessen Lebzeiten gegen ihn angestellt hat ²⁵⁾. Andere gehen von dem Grundsatz aus, eine alternative Obligation erlösche, wenn dem Schuldner, ohne daß es an ihm gelegen, die Wahl genommen wird. Dieses geschehe hier durch den eingetretenen Todesfall der Geschwächten. Habe sie aber die Klage schon bey ihrem Leben angestellt, so sey nun der Stuprator quasi ex contractu zur Dotation verpflichtet ²⁶⁾. Noch

Observation. ad *Carpzov.* P. II. Qu. LXVIII. Obs. 5.
 KOCH Institut. iur. crim. §. 281. in fin. MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. VI. Observ. 901. pag. 183 sq. GMBLIN cit. Diss. §. 25. pag. 57. SCHMID Diss. cit. §. 25.

23) WERNER Select. Observation. for. Tom. II. P. VI. Obs. 330.

24) *L. 1. pr. D. de privat. delict.*

25) JAEGER cit. Diss. §. 25. p. 57. in Verbindung mit §. 21.

26) VOLT, BOEHMER, KOCH, MÜLLER und SCHMID, welche Not. 22. angeführt sind.

andere stützen ihre Meinung auf den Satz, daß bey einer alternativen Verbindlichkeit der Verzug des Schuldners die Wahl auf den Gläubiger übertrage. Dieser Verzug trete aber auf-Seiten des Stuprators nicht gleich mit Anstellung der Klage, oder mit erfolgter Einlassung auf dieselbe, sondern erst dann ein, wenn der Stuprator, die Geschächte zu heyrrathen oder zu dotiren, verurtheilt worden ist ²⁷⁾.

Allein die Grundsätze von den Römischen Pönalklagen finden hier keine Anwendung. Denn diese sind längst durch das Canonische Recht verdrängt, vermöge welchen die Verbindlichkeit zur Entschädigung aus unerlaubten Handlungen auf die Erben übergeht, die Entschädigungs-klage mag bey Lebzeiten der Interessenten angestellt worden seyn, oder nicht ²⁸⁾. Nun ist ja aber die der Geschwächten gebührende Genugthuung, nach einer ganz unbestrittenen Ansicht der heutigen Praxis, nichts anders, als eine Entschädigung für die der Geschwächten durch den Verschlaf entzogene oder erschwerte Gelegenheit zu einer anständigen Verheyrrathung ²⁹⁾, wozu der Stuprator ipso iure wegen der Verführung der Geschwächten, und der ihr geraubten jungfräulichen Ehre, verpflichtet ist. Es kann also die Satisfactionsklage der Geschwächten keine

27) WERNER Sel. Observation. for. c. l. verbunden mit Tom. I. P. V. Obs. 212.

28) S. LITTMANN'S Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 176. S. 449.

29) S. BOVINER iur. eccl. Protest. Lib. V. Tit. 16. §. 9. STRUBEN'S rechtl. Bedenken. 3. Th. Bed. 125. DUISFORP'S rechtl. Bemerkungen. 1. Th. Nr. LXXVI. §. 1. S. 251. HAGEMANN'S pract. Erörterungen. 6. B. Erört. C. §. 2. u. §. 5. KOCH Instit. iur. crim. §. 281 et 282.

Vornallage seyn, da Klagen dieser Art auf eine bestimmte Geldsumme gehen, und eben so wenig kann sie als eine Injurienklage betrachtet werden, da hier von einer freywilligen Schwächung die Rede ist, mithin die Regel gilt, *volenti non fit iniuria* ³⁰⁾. Der Einwurf, daß die Geschwächte, wenn die Satisfactionsklage eine bloße Entschädigungsklage wäre, auch auf Ersatz aller Schäden, welche die Geschwächte durch den zugelassenen Bey Schlaf erlitten hat, z. B. eine geschwächte Wittwe auf Entschädigung für den Verlust des Wittthums, und der übrigen ihr als Wittwe ausgesetzten Vortheile, den sie dadurch erlitten hat, klagen könnte, enthält einen offenbaren Fehlschluß. Denn mehr als die ihr in den Gesetzen zugebilligte Abfindung kann sie ja nicht verlangen, und zu etwas mehrerem ist ihr auch der Stuprator nicht verbunden. In Ansehung aller übrigen Schäden, welche die Geschwächte folgeweise erlitten hat, trifft sie daher die Rechtsregel: *Damnum, quod quis sua culpa patitur, non intelligitur sentire* ³¹⁾. Sie kann also dafür keinen Ersatz fordern, weil sie sich diesen Verlust selbst zuzuschreiben hat. Eben so wenig kann auch der Einwurf in Betrachtung kommen, daß der Geschwächten kein Beweis eines Dolus oder einer Culpa obliege, wie sonst dem Kläger bey andern Entschädigungsklagen aus Delicten. Denn dieß hat seinen Grund darin, weil hier die Schuld auf Seiten des Verführers rechtlich angenommen wird, und daher keines weitern Beweises bedarf ³²⁾. Daraus läßt sich aber keinesweges folgern, daß die ihr gebührende Genußthuung eine Strafe sey. Es ist zwar

30) L. 1. §. 5. D. de Iniuriis.

31) L. 205. D. de div. Reg. iuris.

32) C. JABOER Diss. cit. §. 24.

nicht zu läugnen, daß das Canonische Recht, wie auch oben bemerkt worden ist, die Genugthuung der Geschwächten anfangs als eine Strafe für den Verführer betrachtete, die an die Stelle der härtern Strafe des Röm. Rechts gesetzt wurde. Allein die Gestalt der Sache änderte sich, nachdem die spätere Gesetzgebung eigene Strafen für die Schwächung bestimmt hatte. Nun trennte man das Privatinteresse der Geschwächten von der öffentlichen Strafe, und der Gerichtsgebrauch betrachtete jenes, so wie bey jedem Verbrechen, als den Entschädigungspunct, der nun, nachdem dem Verführer zwischen Ehe und Ausstattung die Wahl gelassen war, nicht mehr als Strafe erscheinen konnte, weil öffentliche Strafe und Privatstrafe nicht neben einander bestehen können ³³⁾, wohl aber Strafe und Privatgenugthuung ³⁴⁾.

Da jedoch, nach der Natur eines blossen Privatinteresses, die Geschwächte sich auch ihrer Ansprüche auf Privatgenugthuung begeben kann ³⁵⁾, so muß sie sich freylich erklären, ob sie dieselbe geltend machen wolle ³⁶⁾. Stirbt sie also, ohne sich noch bey ihrem Leben über den Punct ihrer Entschädigung erklärt zu haben, so können freylich die Erben derselben nicht für sich auf Dotation klagen,

33) L. 56. §. 1. D. de furt. L. 6. D. de iniur. L. 14. D. de Accusat.. S. Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 8. und Weber zu Höpfners Comm. über d. Institut. §. 1017. Not. *).

34) L. un. C. Quando civ. actio crim. praeiudic.

35) S. von Quistorp Erbs. des N. R. §. 480. SCHMID Diss. cit. §. 21. Hagemann practische Erörterungen. 6. B. Erört. C. §. 8. Nr. 2.

36) JABOER cit. Diss. §. 25.

da ihnen die Einrede eines mangelnden Interesse entgegenstehen würde. Denn man muß hier immer, nach der Natur des weiblichen Characters, annehmen, daß sie mit Fleiß geschwiegen, und die Sache nicht habe kund werden lassen wollen. Puellae, sagt Hommel³⁷⁾, honeste de caetero viventes, si amores lateant, non facile dotem petent. Hat aber die Geschwächte bey ihrem Leben den Stuprator zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert; so erklärt ihn das Gesetz für schuldig, wenn ihn auch der Richter noch nicht verurtheilt hätte. Sie hat also ein Recht eins von beyden zu fordern, Ehe oder Dotation, und stirbt sie, so erlischt mit ihrem Tode ihr Forderungsrecht nicht, sondern sie hat es insofern auf ihre Erben transmittirt, daß diese noch auf die ihrer Erblasserin gebührende Dotation klagen können. Denn daß hier durch den Todesfall der Geschwächten dem Verführer die Wahl unmöglich geworden ist, befreyt ihn nicht von seiner Verbindlichkeit zur Dotation, welche nach vollbrachtem Beyschlase ipso iure begründet war³⁸⁾. Der Geschwächten fällt hier keine Schuld zur Last, sondern ihr Tod ist als ein Zufall zu betrachten, dieser aber befreit den Schuldner bey einer alternativen Verbindlichkeit nicht, sondern hebt nur das Wahlrecht des Gläubigers auf, der Schuldner aber ist noch das Andere zu leisten schuldig, was in seiner Macht steht³⁹⁾. Die Meinung, daß die

37) Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 878.

38) JAEGER cit. Diss. §. 27. pag. 62.

39) L. 32. pr. D. de condict. indebiti. L. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. L. 95. §. 1. D. de Solutionib. S. CHLADENII Diss. de iure debitoris circa electionem in causis alternativis. Vitemb. 1725. §. 16. und Timmern über das Erlöschen alternativer Forderungs-

mora auf Seiten des Stuprators erst mit der Rechtskraft des Erkenntnisses eintrete, worin er die Geschwächte zu heirathen oder zu dotiren verurtheilt wird, und ihm bis dahin sein Wahlrecht offen stehe, hat an sich ihre Richtigkeit ⁴⁰⁾, kann aber hier nicht zur Entscheidung dienen. Sie entscheidet nur die Frage, wenn der Stuprator sich durch ungebührliche Verzögerung seines Wahlrechts verlustig mache. Die Folge, die man daraus herleiten will, als ob der Stuprator von aller Verbindlichkeit frey sey, wenn die Geschwächte während des Proceßes stirbt, ist also ein offener Trugschluß. Selbst wenn die Satisfactionsklage, nach der oben widerlegten Meinung, eine Pönalklage wäre, würden die Erben der Geschwächten solche post litem contestatam fortssetzen können. Starb die Geschwächte vor entstandenem Proceß, so wird freylich vorausgesetzt, daß der Stuprator den Beyßlaf mit der Geschwächten nicht geläugnet habe, und es daher, nach geschehener Aufforderung der Geschwächten, bloß an ihm gelegen, sich zu erklären, und der ihm vom Gesetz auferlegten Verbindlichkeit nachzukommen.

Es entsteht hierbey noch die Frage, ob die Geschwächte wegen Verzögerung des Stuprators eine Aussetzung zu fordern berechtigt sey, wenn sie sich gleichwohl mit einem Andern unterdessen verlobt, oder verheyrathet, oder einem Andern den Beyßlaf mit ihr aufs neue gestattet haben sollte? Es kommt hier zunächst darauf an, wenn diese Verzögerung auf Seiten des Stuprators rechtlich angenommen werden kann? Nach der Meinung

rechte. Nr. I. (im Archiv für die civilk. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweizer. 1. Band. Nr. XXIII. S. 310 ff.)

40) S. Hagemann a. a. D. §. 9. S. 408. f.

Glücks Erläut. d. Pand. 28. Th.

M

der Practiker ⁴¹⁾ soll sie eintreten, wenn der Stuprator, die Geschwächte zu heyrathen oder zu dotiren verurtheilt worden, und dieses Urtheil rechtskräftig geworden ist. Zögert nun der Stuprator noch sich zu erklären, und seiner Verbindlichkeit nachzukommen, so sey er unbedingt schuldig, die Klägerin auszustatten, wenn gleich dieselbe, während dieser Zögerung, sich mit einem Andern verheyrahet, oder sich wieder von einem Andern hätte schwängern lassen. Allein das rechtskräftige Urtheil benimmt dem Stuprator sein Wahlrecht nicht ipso iure, sondern berechtigt bloß die Geschwächte, den Richter zu bitten, daß er dem Stuprator eine Zeit bestimme, binnen welcher er sich bey Verlust seines Wahlrechts zu erklären habe, ob er die Geschwächte heyrathen, oder dotiren wolle. Diesen Termin muß die Geschwächte noch abwarten. Binnen dieser Zeitfrist hat sich nun entweder der Stuprator erklärt, oder nicht. In dem letzten Fall ist nun erst der Stuprator in mora, und nun ist er unbedingt schuldig, die Klägerin, auf weiteres Anrufen derselben, auszustatten, wenn sie sich auch nach fruchtlos abgelaufenem Termin an einen Andern verheyrahet, oder ihm den Bey Schlaf mit ihr gestattet hätte. Eine andere mora stupratoris ist nicht hinreichend, auch selbst nicht die Litiscontestation. Die Geschwächte darf sich daher, wenn sie auf eine Ausstattung Anspruch machen will, noch mit keinem Andern verloben, oder verheyrahet. Denn so lange sich der Stuprator noch nicht erklärt hat, oder der ihm gesetzte Termin noch nicht

41) WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. V, Obs. 212.

HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 19. Quif-

storp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. LXXXVI. §. 1.

§. 252. Hagemann's pract. Erörterungen. 6. Th.

Nr. C. §. 9.

verstrichen ist, kann er mit Recht verlangen, daß ihm sein Wahlrecht auf keine Weise verlegt werde ⁴²⁾. In dem ersten Falle hingegen, da sich der Stuprator erklärt hat, und seiner Verbindlichkeit nicht ungesäumt nachkommt, muß die Geschwächte beym Richter nachsuchen, daß er demselben durch die geeigneten Zwangsmittel anhalte, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Denn das, wozu sich der Stuprator erklärt hat, macht nun den Gegenstand der Obligation aus, und hierauf allein ist das Recht der Geschwächten beschränkt. Hiervon abzugehen, ist ihr nicht erlaubt. Z. B. der Stuprator hat erklärt, daß er die Klägerin heyrathen wolle. Hier kann die Geschwächte unter dem Vorwand, der Beklagte habe die Ehe verzögert, nicht mit einem Andern sich verheyrathen, wenn nicht dem Stuprator ein peremptorischer Termin gesetzt war, binnen welchem er die Ehe mit der Geschwächten vollziehen sollte, und dieser vergebens verstrichen ist. Hier kann sie, ihrer Verheyrathung ungeachtet, die Dotation verlangen.

Uebrigens ist die der Geschwächten in dem Falle, da ohne ihr Verschulden die Ehe mit dem Stuprator nicht erfolgt, nach den Gesetzen gebührende Abfindung, oder

42) BERGER in Oecon. iuris. Lib. III. Tit. XI. Th. 4. Not. 7. sagt: Electio stupratoris, ducere uxorem, an dotare stupratam velit, amittitur mora, a reo in eligendo contracta; ergo liberum deinceps fuerit actrici, reiecta illa conditione, alii nubere, et nihilo secius petere dotationem. Allein, wenn ehe dieser Verzug auf Seiten des Stuprators eintrete, darüber hat er sich nicht erklärt. Man sehe dagegen LEYSER Vol. IX. Specim. DLXXXIII. Cor. 6. BOEHMER Observation. Select. ad Carpzovium P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 10. und besonders JAEGER Diss. cit. §. 28.

fogenannte Ausstattung, *dos*, kein wahrer Brautſchatz, wie ſchon oben bemerkt worden iſt. Sie hat daher auch nicht die Rechte einer römischen *dos*, und kann alſo nicht nach den Grundſätzen des römischen Rechts beurtheilt werden, denen dieſe Art der Dotation ganz fremd iſt. Bergeblüch wird ſich demnach die Geſchwächte in dem Concuſſe der Gläubiger ihres Verführers auf die Vorzugsrechte berufen, welche dem Heyrathsgute der Ehefrauen bengelegt ſind ⁴³). Dagegen kann ſie aber auch ihre Ausstattung fordern, ehe ſie noch heyrahet ⁴⁴). Denn die Bedingung der Ehe, welche die römische *dos* ſtilſchweigend mit ſich führt ⁴⁵), liegt hier nicht zum Grunde, weil die Geſchwächte die ihr gebührende Genugthuung als eine Entſchädigung für den Nachtheil fordert, den ſie durch die ihr geraubte jungfräuliche oder weibliche Ehre, und durch die ihr dadurch entzogene oder erſchwerte Gelegenheit zu einer anſtändigen Heyrahet erlitten hat ⁴⁶).

Man pflegt indessen bey Beſtimmung der Größe der Ausstattung auf das Verhältniß des von der Geſchwächten

43) Irrig wird gleichwohl das Gegentheil behauptet von Beck in Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum. Cap. V. §. 10. Man ſehe dagegen BOEHMER iur. eccles. Protest. T. V. Lib. V. Tit. 16. §. 8. LEYSER Specim. cit. Meditat. 11. in fin. von Qutſtorp Erbs. des P. R. §. 481. Hagemann a. a. D. §. 2. und JAEGER Diss. cit. §. 17.

44) *Ant. MATTHAEI de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 3. Dig. Cap. VII. nr. 22. VORT Comment. Lib. XLVIII. Tit. 5. Dig. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. proot. Pandect. P. III. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 45.*

45) *L. 21. D. de iure dot.*

46) KOCH Institut. iuris crim. §. 68a. und Qutſtorp's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bemerk. LXXXVI. §. 1.

bey ihrer Verheyraͤthung zu inferirenden Brautschatzes Ruͤckſicht zu nehmen ⁴⁷⁾, ſofern nicht die Landesgeſetze oder Gewohnheiten ſchon hierin etwas Gewiſſes beſtimmt haben ſollten ⁴⁸⁾. So wie ſich nun die Beſtellung einer dos nach dem Stande der Braut richtet, und daher bald groͤßer bald geringer ausfaͤllt ⁴⁹⁾; ſo iſt auch die Abfindung der Geſchwaͤchten nach dem Stande derſelben in der Art zu beſtimmen, daß ſie dadurch Hoffnung zu einer nach ihren Umſtaͤnden vortheilhaften Heyrath erhaͤlt ⁵⁰⁾. Aus dieſem Grunde kann die Geſchwaͤchte eine Ausſtattung verlangen, wenn ſie gleich bey dem Mangel eigenen Vermögens, oder bey der Armuth ihrer Eltern ihrem kuͤnftigen Ehegatten kein anders Heyrathsgut haͤtte zubringen koͤnnen, als ihre jungfraͤuliche Ehre und Schoͤnheit ⁵¹⁾. Sind die Eltern bemittelt, ſo pflegt die Praxis auch darauf Ruͤckſicht zu nehmen, wie viel dieſe nach ihren Vermögensuͤmſtaͤnden der Geſchwaͤchten zum Heyrathsgute erweiſlich oder wahrſcheinlich gegeben haben moͤchten ⁵²⁾. Bey einer

47) JAEGER s. GMELIN cit. Diss. §. 26.

48) BOEHMER Iur. eccles. Prot. c. 1. §. 13. von QUITSTORP Grundſaͤze des Peln. Rechts 2. Th. §. 481. S. 276. (nach der Kleiniſchen von KONOPAK fortgef. Ausgabe.)

49) L. 69. §. 5. D. de iure dot.

50) Abr. KARSTNER Diss. de dote a stupratore stupratae praestanda. Lips. 1745. VORT c. 1. §. 3. BOEHMER Iur. eccles. Prot. c. 1. §. 7. JAEGER cit. Diss. de fatia et fundam. obligationis stuprator. ducendi aut dot. vitiat. §. 26. Hagemann pract. Erbeterungen a. a. D. §. 2.

51) QUITSTORP'S Grundf. des P. R. a. a. D. beſonders BOEHMER ad Carpzovium. P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 2.

52) LAUTERBACH Colleg. c. 1. §. 43. v. QUITSTORP a. a. D. und KARTSCHMANN Commentat. de stupro voluntario. Sect. IV. §. 114.

geschwächten Wittwe sieht man auf den Stand, den sie von ihrem verstorbenen Mann erhalten hat, wieviel sie diesem gemäß bey einer zweyten Verheyathung zum Heyrathsgute einbringen müste⁵³⁾. Man pflegt aber auch darauf zu sehen, wieviel sie dem ersten Manne zum Heyrathsgute zubrachte⁵⁴⁾. Ueberhaupt hängt bey Bestimmung der Größe der zuzubilligenden Abfindung das Meiste vom richterlichen Ermessen ab⁵⁵⁾. Daß jedoch dabey auch auf die Vermögensumstände des Stuprators Rücksicht zu nehmen sey, leidet keinen Zweifel⁵⁶⁾. Ist dieser reich, und die Geschwächte arm, so pflegt der Stuprator nach diesem Verhältniß auch wohl zur Bezahlung einer größern Dos, als sonst gewöhnlich, verurtheilt zu werden⁵⁷⁾. Könnte jedoch derselbe bey seinen schlechten Vermögensumständen der Geschwächten keine Abfindung leisten, so ist er zur Vollziehung der Ehe mit derselben schlechterdings verbunden⁵⁸⁾. Die Eltern des Schwängerers sind hingegen zu keiner Dotation verpflichtet⁵⁹⁾.

53) JARGER cit. Diss. §. 26. pag. 60.

54) Quistorp a. a. D. KRETSCHMANN cit. loc.

55) LAUTERBACH c. l. §. 43. KOCH c. l. §. 282. in fin. Quistorp. S. 277. JARGER c. l.

56) LAUTERBACH c. l. von Quistorp a. a. D. Not. f. KOCH c. l.

57) De CANNGIESSER Decision. Hasso - Cassellan. Tom. I. Decis. CXXXVIII. pag. 589.

58) BOEHMER iur. eccles. Protest. c. l. §. 12. von Quistorp Erbf. des P. R. §. 480. a. E. S. 273.

59) BOEHMER I. E. P. c. l. §. 11. VOLT c. l. §. 5. HOCH Institut. iur. crim. §. 281. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 586.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 183

Zurweilen pflegt auch wohl bey der Bestimmung der Größe der Dos. auf den Stand des Dritten gesehen zu werden, welchen die Geschwächte, nachdem der Stuprator die Ehe mit ihr ausgeschlagen hat, oder sie sonst nicht heyrathen kann, zu heyrathen Gelegenheit gefunden hat ⁶⁰). Denn die richterliche Billigkeit, welche hier eintritt, zieht hier alle eintretenden Umstände in Erwägung, die bey der Bestimmung einer Brautgabe berücksichtigt zu werden pflegen ⁶¹).

§. 1288. a.

Verbindlichkeit des Stuprators zur Ernährung des Kindes. Sind die bey den ehelich gebohrnen Kindern für Früh- und Spätgeburten zur Begründung einer rechtlichen Vermuthung der Paternität gesetzlich bestimmten Termine auch auf die ausser der Ehe gezeugten Kinder anzuwenden?

Ist es zur Schwängerung gekommen, so tritt nun auf Seiten des Stuprators noch eine andere Verbindlichkeit ein, die er auch selbst in solchen Fällen zu übernehmen hat, in welchen er der Geschwächten zu keiner Satisfaction verbunden ist. Es ist die Verbindlichkeit zur Alimentation des aus seinem Beyschlase erzeugten Kindes, welche ihm als Vater obliegt ⁶²), und welche nach einem unbestrittenen, auf das Canonische Recht ⁶³) sich gründens

60) *G. Ant. MATTHAEI* Comm. de Criminib. ad Lib. XLVIII. Dig. Tit. 3. Cap. VII. nr. 22. p. 432. (*Vesaliae* 1672. 4.)

61) *L. 69. §. 4. D. de iure dot.*

62) *Ge. Jac. LINDNER* Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos. *Altorfii* 1796. 4. *KRETSCHMANN* Commentat. de stupro voluntario. Sectio IV. §. 120 sqq. von *Quistorp* Grds. des *P. R.* 2. Th. §. 482.

63) *Cap. 5. X. de eo, qui duxit in matrim.*

den, deutschen Gerichtsgebrauche bey allen unehelichen Kindern Statt findet, sie seyen aus einem Ehebruch, oder Incest, oder Stuprum, oder sonst aus einem unehelichen Beyschlaffe erzeugt worden⁶⁴⁾. Diese dem Stuprator obliegende Alimentation des Kindes begreift auch die Entbindungs-, Tauf- und Proceßkosten in sich⁶⁵⁾. Der Grund dieser Verbindlichkeit beruht in der Paternität. Diese räumt nun entweder der Stuprator ein, oder nicht. Im ersten Fall bedarf sie keines weitem Beweises. In dem letztern Falle muß sie bewiesen werden. Dieser Beweis liegt nun der Geschwächten, als der Klägerin, ob, und ist theils auf das Factum des Beyschlaffs, theils darauf zu richten, daß das Kind aus demselben nach dem Verhältniß der Zeit habe geböhren werden können. So viel den ersten Beweispunkt anbetrifft, so wird aus dem eingeräumten oder erwiesenen Beyschlaffe die Schwängerung vermuthet. Sie bedarf also keines besondern Beweises⁶⁶⁾. Behauptet der Beklagte, die Klägerin könne

64) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. LXX. §. 7. S. 364. f. von Quistorp Erbf. a. a. D. Not. a. S. 281. und LINDNER cit. Diss. §. 32.

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. III. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 47. Jo. Fr. Dorn pract. Commentar über das Peinl. Recht. 1. B. §. 182. Quistorp's rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 3. S. 254. a. E.

66) S. KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 47. und Hagemann's pract. Erörterungen. 6. B. Erört. 100. §. 11. S. 409. f. Es ist daher unrichtig, wenn Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 398. sagt, die Klägerin habe die Schwängerung zu beweisen.

aus dem mit ihm vollbrachten Verschleife nicht schwanger geworden seyn, so muß er diese Einrede vollständig beweisen. Zur Begründung ihrer Klage kann sich die Geschwächte wider den angeblichen Stuprator der Eidesdelation bedienen, wenn sie auch sonst keine weitem Beweisgründe oder Vermuthungen für sich haben sollte⁶⁷⁾. Es hat indessen keinen Zweifel, daß bey vorhandenen starken Vermuthungen, z. B. wenn der Stuprator mit der Geschwächten in einem Bette wäre betroffen worden⁶⁸⁾, oder wenn die Geschwächte die besten Zeugnisse ihres vorigen guten und unbescholtenen Lebenswandels für sich haben, der Stuprator aber schon mehrere unschuldige Mädchen verführt haben, und also ein solcher Mensch seyn sollte, dem man seines bisher geführten Wandels wegen die Verführung der Geschwächten wohl zutrauen kann, der überdem auch die von der Geschwächten angeführten Thatsachen abzulehnen oder zu schwächen nicht im Stande gewesen ist; die Geschwächte zum Erfüllungsseide zu lassen sey, besonders wenn von Seiten des Stuprators wegen der gegen ihn streitenden Verdachtsgründe ein Meineid zu befürchten seyn möchte⁶⁹⁾. Daß außerdem die bloße Bezüchtigung einer geschwächten Weibsperson, wenn sie auch während der Geburtsschmerzen erfolgt, oder mittelst körperlichen Eides bestätigt, oder in der Todesstunde geschehen seyn sollte, an sich zum Beweise gegen den Stuprator nicht genüge, wenn nicht dabey solche Umstände angegeben worden sind,

67) G. G. Jac. Fried. Meißner's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. B. Bemerkt. II. S. 17. ff.

68) Cap. 12. X. de praesumt.

69) G. von Quikorp Ordg. des P. R. §. 485.

welche dieselbe wahrscheinlich machen, ist eine von allen Rechtsgelehrten anerkannte Wahrheit ⁷⁰⁾.

Soviel hiernächst den andern Beweis punct an betrifft, so würde der Beweis des mit der Klägerin vollbrachten Beyschlafs ganz vergeblich seyn, wenn nicht auch zugleich erwiesen wäre, daß aus diesem Beyschlafe das Kind nach dem Verhältniß der Zeit habe gebohren werden können. Es entsteht aber hierbey die Frage, wenn das Kind noch vor Ablauf des regelmäßigen Termins von neun Monaten, oder 280 Tagen, oder erst nach Ablauf dieses regelmäßigen Zeitpuncts wäre gebohren worden, ob der Sturprator daraus die Einrede herleiten könne, daß das Kind nicht von ihm gezeugt sey? Lassen sich die für Früh- und Spätgeburten bey den ehelich gebohrnen Kindern gesetzlich bestimmten Termine, innerhalb welcher die Regelmäßigkeit derselben vermuthet wird, auch auf die außer der Ehe erzeugten Kinder in der Masse anwenden, daß derjenige, der mit der Mutter des Kindes im siebenten oder zehnten Monate vor deren Niederkunft, den Beyschlaf begangen zu haben, einräumt, für den Vater des Kindes nach rechtlicher Vermuthung zu halten sey? Diese Frage ist sowohl unter den Rechtsgelehrten, als Aerzten sehr streitig. An einer gesetzlichen Bestimmung fehlt es hier schlechterdings ⁷¹⁾, und bey jenen für die Vermuthung der Regelmäßigkeit ehelich gebohrner Kinder festgesetzten Normalterminen scheint nach dem Urtheil angesehener Aerzte ⁷²⁾, in

70) *S. El. Aug. Stark Diss. de designatione patris a matre infantis facta. (rec. Halae 1759.) Cap. II. und von Quistorp angef. Ordsf. S. 484.*

71) *S. von Quistorp Grundf. des P. R. S. 482. Not. h.*

72) *S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. S. 105.*

favorem partus et matrimonii der weiblichen Schwäche vielleicht mehr nachgesehen zu seyn, als sich aus den Grundsätzen der gerichtlichen Medicin guthießen läßt. Bey den unehelichen Kindern fällt auch der Grund weg, aus welchem die eheliche Geburt begünstiget wird. Denn uneheliche Kinder folgen der Mutter, und haben an den Familienrechten des Vaters keinen Antheil⁷³⁾. Daher läßt sich von ehelichgebohrnen Kindern auf uneheliche Kinder kein gültiger Schluß machen. Daß die Bestimmungen der Gesetze über jene Vermuthung der Rechtmäßigkeit einzig zum Besten der Kinder gemacht sind, erhellet ganz deutlich aus der Verordnung des Kaisers Justinian, in welcher er sagt⁷⁴⁾: *Et hoc facimus favore liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat.* Diese Verordnung bezieht sich bloß auf Fälle, wo Kinder ihre Legitimität gegen den Vater oder einen Dritten geltend machen oder vertheidigen wollen, und alle Beyspiele, welche das Röm. Gesetzbuch von der Anwendung jener Rechtsvermuthung aufstellt, sind daher von dem Filia tionsstreite eines Kindes mit seinem präsumtiven Vater hergenommen. In einen Rechtsstreit, worin ein außer der Ehe gezeugtes Kind den Stuprator seiner Mutter, als seinen Vater, wegen der Alimente in Anspruch nimmt, ist in den gesetzlichen Bestimmungen über die erwähnte Rechtsvermuthung gar nicht gedacht, und es konnte auch gar nicht daran gedacht werden, weil die Römer den Begriff der Vaterschaft nur allein auf die rechtmäßige Abstam-

73) L. 19. D. de statu hom.

74) L. 11. Cod. de natural. lib. Nov. LXXXIX. Cap. 8. §. 1.

mung bezogen⁷⁵⁾ und den Grundsatz aufstellten, daß uneheliche Kinder im rechtlichen Sinn gar keinen Vater hätten⁷⁶⁾. Dieß sind die Gründe, aus welchen mehrere Rechtsgelehrte⁷⁷⁾ und Aerzte⁷⁸⁾ die aufgeworfene Frage verneinen. Dagegen behaupten Andere, sowohl Rechtsgelehrten⁷⁹⁾ als Aerzte⁸⁰⁾, daß in Rücksicht jener

75) *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt. L. 5. D. de in ius voc.*

76) *L. 23. D. de statu hom. §. 4. I. de success. cognator.*

77) *Pet. Ludw. BEHRMANN Diss. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. §. IX. Joh. Heinrich Christ. von Selchow Rechtsfälle. 4. B. Decis. CXI. S. 48. Ge. Jac. LINDNER Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos. §. XX. Alb. Guil. Aug. BUCKER Commentat. de partu septimestri §. XXI. et XXII. und Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts. 2. Th. 1. Heft (Braunschweig 1818. 8.) Nr. XXXI.*

78) *SCHNOBEL Diss. de partu serotino in medicina forensi temere nec affirmando, nec negando. Jenae 1786.*

79) *Ernst Gottfr. Schmidt theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 2. B. §. 398. S. 168. Ge. Jac. Fried. Meißner pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrechte. 1. Band Bemerk. XVI. S. 113. f. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen 4. Band Erört. LXVIII. S. 345. ff. Schweppe Röm. Privatrecht §. 728. Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Bb. §. 1287. S. 177. Hagemann pract. Erörterungen. 6. B. Erört. CI. S. 411. ff. und Franz von Zeller Commentar über das allgemeine Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band 1. Th. 3. Hauptst. §. 163. Nr. 3. S. 363.*

gesetzlich bestimmten Termine zwischen ehelich und unehelichgebohrnen Kindern, wenn es auf die nach dem Verhältniß der Zeit zu vermuthende Paternität ankommt, kein Unterschied zu machen sey. Der Stuprator sey demnach, wenn er den Beyschlaf mit der Geschwächten zu einer solchen Zeit begangen zu haben einräumt, binnen welcher, nach Maasgabe jener gesetzlichen Termine, die Geburt des Kindes daraus hat erfolgen können, zur Anerkennung und Ernährung des Kindes für verbunden zu halten, sofern er nicht das Gegentheil, daß er gleichwohl nicht Vater des Kindes seyn könne, klar zu beweisen vermöge. Die Gründe sind folgende. Erstens bestehe der Grund der Gesetze in der vom Hippocrates behaupteten Möglichkeit, daß ein lebensfähiges Kind im siebenten Monate nach der Empfängniß, ja sogar im Anfange desselben, geboren werden könne. Hippocrates habe, ohne Rücksicht auf Ehe und eheliche Geburt, in seinen Schriften nur die bis dahin streitig gewesene medicinische Frage in der Masse entschieden, daß zur Perfection eines Partus nicht durchaus neun Monate erforderlich wären, sondern ein lebensfähiges Kind auch schon früher, schon im siebenten Monate, ja schon im 182sten Tage geboren werden könne. Die Römischen Rechtsgelehrten, Paulus und Ulpian, hätten diesen Satz auch in den Rechten angenommen, und denselben bey der Entscheidung der ihnen vorgelegten Fälle von ehelichen Geburten, wäh-

80) Loucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. S. 38. Mezger kurzgef. System der gerichtlichen Arzneywissenschaft. S. 282. Not. a. S. 294. (der dritten Ausgabe). Wende ausführl. Handbuch der gerichtl. Medicyn. 2. Th. S. 50. a. E. S. 229. (Leipzig 1821.)

rend des siebenten Monats, zur Anwendung gebracht. Hierdurch hätten sie aber die Fälle nicht ausgeschlossen, in welchen von der Paternität eines außer der Ehe gebohrnen Kindes die Rede ist, sondern hätten viel mehr, indem sie einen speciellen Fall entschieden, eine, auf das wissenschaftliche Zeugniß eines gelehrten und berühmten Arztes gegründete, allgemeine Regel festgesetzt. Es sey demnach offenbar, daß gesetzliche Bestimmungen, die sich auf dasjenige gründen, was der Natur nach sich annehmen läßt, nicht bloß auf eheliche Kinder eingeschränkt werden könnten. Hierzu komme aber noch Zweitens, daß die Möglichkeit einer lebensfähigen Geburt im siebenten Monate, und die darin liegende Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Natur, auch durch die Beobachtungen der neuern Aerzte ⁸¹⁾ bestärkt werde. Drittens der Grund der Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Natur beruhe darin, weil besondere Ursachen eine Geburt theils beschleunigen, theils verzögern könnten. Diese Ursachen könnten bey einer geschwächten Weibsperson viel eher, als bey einer schwangern Ehefrau, eintreten. Denn der nagende Kummer und heimliche Verdruß, auch andere heftige Gemüthsbewegungen, Schaam und Reue, denen eine Geschwächte ausgesetzt sey, könnten es leicht verursachen, daß hier die Natur von dem gewöhnlichen Ziele abweiche. Endlich Viertens dürfte auch wohl, bey einer zweifelhaft scheinenden Auslegung der Gesetze, nach der Billigkeit, und der Natur der Sache, nicht bloß auf die Begünstigung der ehelichen

81) Man beruft sich auf LUDWIG Institut. medicinae forens. §. 107. ROEDERER Elem. artis obstetric. Cap. IX. §. 205 et 206. und von Haller Anfangsgründe der Physiologie des menschl. Körpers. Th. 8. S. 702.

Geburt, sondern überhaupt auf *favorem partus* um deswillen Rücksicht zu nehmen seyn, weil dieser bekanntlich in den Gesetzen sehr hervorgehoben werde, und in Hinsicht auf den präsumtiven Vater, sowohl bey unehelichen als bey ehelichen Kindern, auf gleiche Weise eintrete, besonders wenn die Mutter der ersteren kein Vermögen besitzt.

Wöchte auch vielleicht gegen diese Meinung noch Manches aus Grundsätzen des Rechts und der gerichtlichen Medicin eingewendet werden können; so ist sie doch, wie selbst diejenigen nicht in Abrede stellen, welche die entgegengesetzte Meinung vertheidigen, in der Praxis ⁸²⁾ angenommen, und

82) *Jo. Henr. de BERGER* Oeconom. iuris ad usum hodiern. accommodati. Lib. I. Tit. II. Th. II. Not. 3. *Christ. Gottl. HAUBOLD* ad Eundem. Not. h. Tom. I. pag. 42. *Car. Ferd. HÖMMEL* Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. V. Obs. 604. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XV. medit. 2. pag. 156. *BECK* Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum. pag. 215 — 225. Beiträge zu der jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. 3. Samml. 1. Abschn. Nr. III. S. 34 — 36. und 7. Samml. 1. Abschn. Nr. XII. S. 65. f. *Ernst Ferd. Klein* Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. Band 11. S. 297 — 308. und *Gottfr. Phil. von Bülow* Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts. 2. Th. 1. Hest. Nr. VII. S. 71 — 73. wo zwey neuere Erkenntnisse der Herzogl. Braunschweigischen vormaligen Appellationscommission befindlich sind, worin die Grundsätze des römischen Rechts von der Rechtsvermuthung der Vaterschaft aus der Geburt des Kindes binnen des gesetzlichen Zeitraums seit dem Beyschlaffe, mit Berufung auf eine festbegründete Praxis, auf die außer der Ehe erzeugten Kinder angewendet werden.

selbst in mehreren der neueren Gesetzbücher ⁸³⁾ bestätigt. Es wird indessen auch hier, wie bey den ehelichen Früh- oder Spätgeburten, vorausgesetzt, daß sie die ihrem Alter eigenthümlichen Merkmale an sich tragen ⁸⁴⁾. Um also zu beurtheilen, ob das in einem vorkommenden Falle vor dem Eintritt des regelmässigen Termins oder erst nach dem Ablaufe desselben gebohrne Kind nach dem Verhältniß der Zeit aus dem eingestandenen oder erwiesenen Beyschlaf habe gebohren werden können, muß hauptsächlich auf die Beschaffenheit des Kindes Rücksicht genommen werden. Würde also ein Kind, das im siebenten oder achten Monate von der Zeit des Beyschlafs an gerechnet, gebohren worden ist, die Zeichen der vollkomnenen Reife eines neunmonatlichen Kindes an sich tragen; so kann das Kind aus diesem Beyschlaf nicht erzeugt seyn. Es muß also zuverlässig schon früher, und also von einem Andern seyn erzeugt worden ⁸⁵⁾.

83) *J. B.* In dem allgemeynen bürgerlichen Gesetzbuche für die deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1. Th. 3. Hptst. §. 163. Das allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 2. Tit. 1. §. 1089 u. 1090. und Tit. 2. Abschn. 1. §. 1. u. ff. setzt den kürzesten Termin bey außerehelichen, wie bey ehelichen Kindern, auf zwey hundert und zehen Tage, den längsten hingegen bey außerehelichen Kindern auf zwey hundert fünf und achtzig, bey ehelichen aber auf dreyhundert und zwey Tage von Zeit des Beyschlafs oder der Ehe. Man vergleiche jedoch Mende Handbuch der gerichtlichen Medizin. 2. Th. §. 52 und 53. S. 229 — 231.

84) Mende im angeführten Handbuche 2. Th. §. 102. hat die Kennzeichen einer lebend gebohrnen siebenmonatlichen Frucht, so wie §. 134. die Kennzeichen eines überzeitigen Kindes sehr bestimmt angegeben.

85) *S. Ploucquet a. a. O. auch RORDERRA cit. Elem.*

Läugnet der Beklagte den Bey Schlaf nicht, es stimmt auch die von der Klägerin angegebene Zeit, da solcher geschehen ist, mit der Zeit ihrer Niederkunft überein; so muß der Beklagte verurtheilt werden, das Kind anzuerkennen und zu ernähren, bis es sich selbst seinen Unterhalt verschaffen kann. Wie aber, wenn er der Klägerin die Einrede entgegensetzt, daß sie um die Zeit des eingestandenenen Bey Schlafs auch noch mit andern Mannspersonen zu thun gehabt habe, gesetzt, diese Einrede wäre erwiesen, oder auch von der Klägerin selbst eingeräumt; kann er auch hier noch zur Ernährung des Kindes verurtheilt werden? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Setzt man den Grund der Präjudicialklage *de partu agnoscendo*, welche hier von der geschwängerten Klägerin als eine *aetio utilis* angestellt worden ist, darin, daß das Kind, auf dessen Anerkennung und Ernährung sie klagt, aus dem mit dem Beklagten verübten Bey Schlafe entsprossen, und also der Beklagte für den Erzeuger und Vater desselben zu halten sey⁸⁶⁾; so erscheint freylich die Klage als ungegründet, wenn wegen der erwiesenen, oder aber selbst von der Klägerin eingestandenenen *exceptio plurium concumbentium*, die Paternität ungewiß ist.

c. l. und von Haller a. a. D. Die Entscheidung bey Meister in den pract. Bemerkungen 1. B. Nr. XVI. läßt sich daher nicht vollkommen rechtfertigen, weil der Ausdruck *partus perfectus* in der L. 12. D. *de statu hom.* keine reife, sondern nur lebensfähige Frucht bezeichnet.

86) S. Smellin über die Präjudicialklage *de partu agnoscendo*. §. 34. u. 35. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 394. in dem Zusatz zur Not. k. S. 255. der neuesten Ausgabe von Martini. Jena 1822.

Denn daß die Verbindlichkeit zur Ernährung eines unehelichen Kindes keine unmittelbare Folge des unehelichen Bey- schlafs sey, wird man wohl ohne weitem Beweis zugeben, weil ja sonst jeder, welcher den Bey-schlaf begangen zu haben einräumt, oder desselben überwiesen ist, hierzu ver- bunden seyn müßte, wenn auch die Geburtszeit des Kin- des die Möglichkeit seiner Paternität ganz ausschließen sollte; dieß hat aber doch noch Niemand behauptet. Es ist also wohl unläugbar, daß der Grund zur Anerkennung und Ernährung des unehelichen Kindes in der eingestan- denen, erwiesenen, oder vermutheten Paternität liegt. Alle Vermuthung fällt nun aber weg, wenn es erwiesen ist, daß die Klägerin um eben die Zeit mit mehreren Unzucht gepflogen habe. Daß aus einem solchen Bey-schlaf erzeugte Kind ist ein wahrer *vulgo conceptus, qui patrem demonstrare non potest*, wie Modestian ⁸⁷⁾ sagt, und hier ist also der Fall, wo die Gesetze der Mutter die Verbindlichkeit zur Alimentation ganz vorzüglich aufles- gen. Ergo et matrem cogemus, sagt Ulpian ⁸⁸⁾, *praesertim vulgo quaesitos liberos alere*. Dieß sind die Gründe, aus welchen viele ⁸⁹⁾ in diesem Falle den

87) L. 23. D. de statu hom.

88) L. 5. §. 4. D. h. t.

89) CARPZOV Iurisprud. eccles. Lib. III. Tit. VI. Definit. 81. nr. 10. sqq. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 395. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXII. medit. 9. et Vol. XII. Supplem. Specim. XIV. Medit. 30—34. pag. 106. sq. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. I. §. 30. CARRACH Adnotation. ad Boehmerum. ad §. cit. pag. 85. sq. Jo. Sam. Frid. de BOEHMER Observation. Select. ad Carpzovium P. II. Quaest. LXVIII. Obs. 12. in fin.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 195

Stuprator von der Klage freysprechen. Nicht minder würdige Rechtsgelehrte⁹⁰⁾ wollen dagegen jener Einrede diese Wirkung nicht beylegen, sondern halten, derselben ungeachtet, den Beklagten zur Ernährung des Kindes verbunden, bis er klar erwiesen hat, daß das Kind unmöglich von ihm erzeugt seyn könne. Ihre Gründe sind. Erstens erwachse aus dem Geständniß des vollzogenen Beyschlafs die Vermuthung der Imprägnaion, und der in Anspruch genommene Stuprator werde niemals erweisen können, daß einer der übrigen wirklich Vater des Kindes sey. Von der bloßen Möglichkeit lasse sich aber

Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 398.
LINDNER Diss. cit. de obligatione alendi liberos illegitimos. §. 18. MALBLANC Princip. iuris Rom. secund. ord. Dig. P. I. §. 125. THIBAUT Syst. des Pandect. Rechts. 1. Band. §. 348. a. E. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 447. u. a. m.

- 90) VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 6. Jo. Dan. von dem STEENHOFF Diss. de praxi iudicior. erronea, et communibus errorib. Goetting. 1751. §. 23. sqq. Ernst Christ. Westphal Criminalrecht. Anmerk. LXV. §. 5. u. 6. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXXXVI. §. 3. S. 253. f. Fratrum BECMANNORUM Consilia et Decisiones. Tom. II. Consil. LXIII. nr. 5. Ge. Jac. Fried. Meißner pract. Bemerkungen 1. B. Nr. XV. S. 110. ff. Jud. Thadd. ZAUNER Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. 14. §. 13. Christoph Christ. Dabelow Handbuch des heutigen gemein. römisch-deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 573. Aldr. Schweppe römisches Privatrecht. §. 728. (der dritten Ausgabe. Altona 1822.) Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. B. S. 178. besonders Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen 2. B. Nr. LIX. S. 369. ff.

noch nicht auf die Wirklichkeit schließen. Zweitens mache der mit Mehreren vollzogene Verschlag die Geschwächte zwar unfähig, für ihre Person Genugthuung zu fordern; aber dem Kinde könne die unzüchtige Aufführung der Mutter niemals nachtheilig werden. Drittens sey auch kein Gesetz vorhanden, welches verordne, daß die *exceptio plurium concumbentium*, wenn sie entgegengesetzt und erwiesen wird, den in Anspruch genommenen Stuprator von der Alimentations-Verbindlichkeit befreien soll, es sey vielmehr *favor partus* und dessen Erhaltung in den Gesetzen so fest begründet, daß dagegen die *exceptio partus incerti* gar nicht beachtet werden dürfe. Viertens streite auch die entgegengesetzte Meinung gegen alle Rechtsanalogie. Denn selbst den Mann befreie das Geständniß der Ehefrau, daß sie mit einem Andern Ehebruch verübt habe, nicht von der Verbindlichkeit, das von ihr gebohrne Kind anzuerkennen und zu ernähren, wenn sonst die Zeit der ehelichen Beywohnung mit der Zeit der Geburt des Kindes übereinstimmt, weil der Ehebruch der Mutter dem Kinde nicht zum Nachtheil gereichen könne. Denn die Mutter kann Ehebrecherin, und doch ihr Mann Vater des von ihr gebohrnen Kindes seyn, wie Papinian ⁹¹⁾ sagt. Nur ein vollständiger Beweis, daß das Kind von ihm unmöglich habe erzeugt werden können, befreie den Ehemann von jener Verbindlichkeit ⁹²⁾. Nun habe doch

91) L. 11. §. 9. *D. ad Leg. Jul. de adult. coerc.*

92) L. 6. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* C. Ernst Ferd. Klein merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XXVIII. C. 214. ff. und Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürgerl. Rechts. 2. Th. 2. Heft. Nr. XXXI.

wohl gewiß bey ehelichen Kindern die Rechtmäßigkeit ihrer Geburt mehr zu sagen, als die Paternität bey Kindern, die außer der Ehe erzeugt worden sind, da von jener die Familien, und Erbrechte in Rücksicht des Vaters abhängen. Ueberhaupt sey auch im Zweifel immer eher für, als gegen die Alimentation zu sprechen, da die vorzügliche Rechtsbegünstigung der Alimente, besonders in Beziehung auf die gegenwärtige Streitfrage, in den Gesetzen ⁹³⁾ klar begründet sey. Gesezt aber auch Fünftens, es sey in den Gesetzen klar verordnet, daß Jemand ein Kind nicht sollte ernähren dürfen, wenn es ungewiß ist, daß es sein Kind sey; so würde dennoch der Stuprator keinesweges in Ansehung der geforderten Alimente des Kindes von der deshalb gegen ihn angestellten Klage zu entbinden seyn, weil doch immer von Seiten des Stuprators ein *damnum iniuria datum* vorhanden wäre. Denn er selbst habe ja durch seine eigene unerlaubte Handlung diese Unge- wißheit mit bewirkt. Die Mutter des Kindes, oder auch desselben Vormund seyen daher berechtigt, selbst *ex Lege Aquilia* wider denselben auf Leistung des Interesse, d. h. hier auf Verabreichung der nöthigen Alimente zu klagen. Dieß ist diejenige Meinung, nach welcher jetzt gesprochen wird, wie die in den angeführten practischen Schriften vorkommenden Erkenntnisse beweisen ⁹⁴⁾.

93) L. 7. D. h. t.

94) Man vergleiche auch Ernst Christ. Westphals Rechts- gutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. 2. Band Nr. 226. S. 261. Neuere Erkenntnisse oberer Gerichte aus dem Jahre 1816 findet man in des Hrn. Oberappell. Raths von Bülow angef. Abhandlungen. 2. Th. 1. Heft. Nr. VII. S. 71. ff.

Wir haben in den an unser Spruchcollegium häufig geschickten Acten mehrere Fälle dieser Art gehabt, so sonderbar sie sich nur immer denken lassen. Ist es erhört, wenn die Klägerin sogleich selbst gesteht, daß sie zur nämlichen Zeit mit mehreren andern fleischlich sich vermischt habe, diese mit Namen nennt, und dabey einräumt, daß sie selbst nicht wisse, wer Vater zu ihrem Kinde sey, aber glaube, daß es der in Anspruch genommene Beklagte, der auch den Bey Schlaf zur angegebenen Zeit mit der Klägerin eingestand, seyn könne⁹⁵⁾? Wir haben beyde einander entgegengesetzte Meinungen dadurch zu vereinigen gesucht, daß wir einen Unterschied gemacht haben, ob die Geschwächte, die keinen gewissen Vater ihres Kindes angeben kann, füglich im Stande sey, ihr Kind selbst zu ernähren, oder nicht. In dem ersten Falle haben wir aus den oben für die erste Meinung angeführten Gründen die Klägerin abgewiesen; in dem andern aber den Beklagten zur Alimentation des Kindes verurtheilt. Denn die Ungewißheit der Paternität, welche aus dem mit der Mutter zu eben der Zeit von mehreren verübten Bey Schlafen entsteht, kann dem daraus gebornen Kinde, in Rücksicht auf seine Ernährung, nicht zum Nachtheil erreichen. Dies ist der natürlichen Billigkeit, und der in den Rechten begründeten Begünstigung der Alimente gemäß. Wen könnte auch diese subsidiarische Verbindlichkeit, den Rechten nach, eher treffen, als diejenigen, welche insgesammt Mitverbrecher sind? Jeder hat für sich das nämliche Vergehen mit der Geschwächten begangen, wodurch das von ihr geborne Kind sein Daseyn erhalten

95) Einen solchen Fall findet man in Geiger's und Glück's merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. Band. Nr. XXIV. S. 136. ff.

hat. Für die Vaterschaft des einen Stuprators sind also eben so viel Gründe vorhanden, als für die Vaterschaft des andern. Keiner kann sich damit entschuldigen, daß sie sich auch mit den übrigen eingelassen habe. Jeder derselben, welcher von ihr wegen der Alimente ihres Kindes in Anspruch genommen worden ist, muß also auch die Ernährung des Kindes, wenn die Mutter hierzu außer Stand ist, als eine Folge seiner eignen Handlung ansehen, zumal bey einem jeden die Möglichkeit da ist, daß er Vater des Kindes seyn könne. Man würde ja sonst dem Staate eine Verbindlichkeit aufbürden, die aus den Verbrechen seiner Unterthanen entstanden ist. Welche Ungerechtigkeit! den Schuldigen eine Last abnehmen, und sie Unschuldigen auflegen! Daß hier eine obligatio in solidum eintrete, darüber ist man h. z. L. ziemlich einverstanden. Nur ist es unrichtig, wenn einige ⁹⁶⁾ den Grund der Verbindlichkeit in der Correalität, und der daraus entspringenden Ersetzung des Schadens haben setzen wollen, wozu sowohl die, welche ein Verbrechen gemeinschaftlich begangen, als diejenigen, welche zu dem Verbrechen anderer mitgewirkt haben, rechtlich verbunden sind ⁹⁷⁾. Denn in dem gegenwärtigen Falle ist von keinem gemeinschaftlichen, oder solchem Verbrechen die Frage, zu dessen Begehung sich mehrere verbunden, oder mitgewirkt hätten, sondern ein jeder der Stupratoren ist aus seiner eignen unerlaubten Handlung, und also für sich zur Ernährung des Kindes verbunden. Eben

96) Westphal Criminalrecht, Anmerk. LXV. §. 5. von Quistorp Grds. des P. R. S. 482. C. 280.

97) S. von Quistorp Grds. 1. Th. S. 91. und Christ. Fr. Ge. Meißner's rechtl. Erkenntnisse und Gutachten in penal. Fällen. 1. Th. Respon. XIV. Nr. 8. ff.

deswegen ist auch die Meinung derjenigen⁹⁸⁾ nicht zu billigen, welche behaupten, daß, wenn die Geschwächte um dieselbe Zeit mit mehreren zu thun gehabt hat, jeder von diesen nur für seinen Antheil zum Unterhalt des Kindes beyzutragen schuldig sey. Denn da jeder aus seiner eigenen Handlung verbunden ist, so muß er auch billig die daraus entstehenden rechtlichen Folgen allein auf sich nehmen⁹⁹⁾; es findet daher auch kein Regreß gegen die übrigen Stupratoren Statt¹⁰⁰⁾. Hieraus folgt weiter, daß wenn der in Anspruch genommene Stuprator zur Erfüllung seiner Pflichten unvermögend befunden seyn sollte; die Klage gegen die übrigen Stupratoren immer noch offen bleibe, und so einer nach dem andern belangt werden könne¹⁾.

Die Verbindlichkeit des Stuprators zur Alimentation fängt nun, wie die des Vaters bey den ehelichen Kindern, sogleich mit der Geburt des Kindes an²⁾. Daß

98) BRUNNEMANN Comment. ad L. 5. D. h. t. nr. 21. und BARDILI Diss. de satisfactione stupratae. P. I. Membr. VII. nr. 45.

99) S. Melfter's pract. Bemerkungen a. a. D. S. 112.

100) S. Theod. Hagemann's practische Erörterungen. 7. Band Erört. XCII. S. 289.

1) S. von Zeiller Commentar. über das allgem. Oesterreichische Gesetzbuch 1. B. §. 163. Not. 5. S. 364. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 619. und 620. überein.

2) S. von Quistorp Erbs. des P. R. 2. Th. §. 485. LINDNER Diss. de obligat. alendi liberos illegitim. §. 7. SCHORON Nova collectio Responsor. et Sententiar. selector. Fac. iurid. Erfordiensis. (Erfordiae 1798. 4.) Nr. X. pag. 56. nr. 20.

auch die Entbindungs- und Lauffkosten dem Stuprator zur Last fallen, ist schon oben bemerkt worden. Klagt die Geschwächte noch vor ihrer Niederkunft, so kann sie die Entbindungs- und Kindbettkosten, d. h. diejenigen, welche die ihrem Stande gemäße Verpflegung während des Wochenbetts erfordert, noch vor ihrer Niederkunft verlangen, welche der Richter durch ein vorläufiges Decret zu bestimmen hat ³⁾. Und damit auch das Kind bey seiner Geburt keine Noth leide, so kann die Geschwächte mit Recht verlangen, daß ihr der Stuprator wenigstens einen Monat voraus den Unterhalt für das Kind gebe ⁴⁾. Es tritt hier vorzüglich richterliches Ermessen ein. Da uneheliche Kinder der Mütter angehören ⁵⁾, so ist ihr auch die Erziehung des Kindes zu überlassen. Sie kann daher auch das Kind, ohne Unterschied des Geschlechts, in ihrer Religion erziehen ⁶⁾. Es wäre denn, daß der Vater sich zur Selbsterziehung des Kindes erbieten sollte, und diese ist ihm denn zu überlassen, besonders wenn die körperliche oder Geisteschwäche der Mutter, oder ihr Erwerbsverhältniß die Pflege des Kindes nicht gestattet, oder die Erziehung des Kindes der Mutter, wegen ihres unsittlichen Lebenswandels, nicht wohl

3) WERNHER Lectios. Commentat. in Pand. P. II. h. 1. §. 8. Allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. Abschn. 11. §. 1228—1231.

4) von Quistorp Grundf. des Pand. N. §. 483. Not. I. und von Zeller Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch. 1. B. §. 168. Not. 1.

5) L. 19. L. 24. D. de statu hom.

6) S. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten 1. B. 3. Entscheid. S. 9.

anvertraut werden kann, oder das Kind, nach dem Verlangen des Vaters, einem Stände gewidmet werden soll, wozu es schlechterdings der Erziehung und Ausbildung von einem Manne bedarf⁷⁾. Ueberhaupt giebt man die Regel, wer ein Kind auf seine Kosten zu ernähren verbunden ist, kann auch verlangen, daß ihm die Erziehung desselben überlassen werde⁸⁾. Jedoch ist auch hierbey das richterliche Ermessen nicht auszuschließen, wenn die Mutter erhebliche Gründe anzugeben weiß, aus denen es bedenklich seyn würde, dem Vater die Erziehung anzuvertrauen⁹⁾. Ueberrimmt jedoch, wie gewöhnlich, die Mutter selbst die Erziehung, so ist die Größe des Alimenterbetrags zu bestimmen. Gewöhnlich ist dieselbe schon durch die Landesgesetze, oder den Ge-

7) HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 416. KIND Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 2. (edit. sec.) und von Zeillers Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch 1. B. §. 169.

8) BERGER Oeconom. iuris. Lib. III. Tit. XI. Th. 4. Not. 7. pag. 613. edit. Winckler. und LINDNER Diss. cit. §. X. Nach dem Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. §. 621. u. 622. soll die Verpflegung und Erziehung des Kindes, bis zum zurückgelegten vierten Jahre, in der Regel der Mutter, auf Kosten des Vaters, überlassen werden. Allein nach zurückgelegtem vierten Jahre hängt es von der Wahl des Vaters ab, ob er die Verpflegung und Erziehung des Kindes selbst übernehmen, oder sie der Mutter auf seine Kosten ferner überlassen wolle.

9) L. 3. C. de alend. liber. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XII. Supplem. Specim. XIV, Medit. 35. et 36. und LINDNER Diss. cit. §. 10.

richtsgebrauch festgesetzt ¹⁰⁾. In Ermangelung solcher besonderer Bestimmungen aber, bleibt die Größe der Alimentengelder meistens dem richterlichen Ermessen überlassen, wobey denn nicht nur auf gegenwärtige Verpflegung, d. h. auf angemessene körperliche und geistige Ausbildung des Kindes, sondern auch auf dessen künftige Versorgung, d. i. daß das Kind sich selbst fortzubringen in den Stand gesetzt werde, zu sehen ist. Man pflegt dabey auch auf den Stand der Mutter, und die Vermögensumstände des Vaters Rücksicht zu nehmen ¹¹⁾. Der Stand des Vaters wird aber hierbey gewöhnlich nicht berücksichtigt ¹²⁾, weil die Verbindlichkeit desselben sich nur auf die sogenannten natürlichen Alimente zu beschränken pflegt ¹³⁾. Nur wenn

10) Beispiele bey LINDNER cit. Diss. §. 9.

11) Arg. L. 5. §. 19. D. h. t. C. von Quistorp Grundr. säße §. 483. C. 287. und LINDNER cit. Diss. §. 9. in fin.

12) Nach dem allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 626. und dem allg. Oesterreichischen Gesetzbuche 1. Th. 3. Hptst. §. 167. und Zeillerschen Commentar zu diesem §. Not. 2. richtet sich die Größe des Unterhaltsbetrags weder nach dem Stande des Vaters noch der Mutter, sondern es soll bey der Bestimmung derselben darauf gerechnet werden, was Leuten von gemeinen Bürger, oder Bauerstande die Erziehung eines ehelichen Kindes, nebst dem Schul- und Lehrgelde, kosten würde.

13) BORNER Iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. Unrichtig ist es, wenn BUCK Diss. de stupro. §. 20. pag. 159. und mit ihm von Quistorp a. a. O. behaupten, daß bey der Bestimmung des Verpflegungs-Quantums auch auf den Stand des Stuprators Betracht zu nehmen sey. Man sehe dagegen LINDNER cit. Diss. §. 6.

das Kind mit Willen des Vaters zu einem höhern Stande erzogen und ausgebildet werden soll, muß auch der Vater die dazu erforderlichen höhern Kosten übernehmen ¹⁴⁾.

Uebrigens müssen die Alimente dem Kinde auch schon während des Processes, wenn auch gleich die Vaterschaft des Beklagten noch zweifelhaft ist, gereicht werden, wenn nur derselbe des Verschlags mit der Klägerin geständig, oder desselben überwiesen ist ¹⁵⁾. Die von dem Richter deshalb zu treffende provisorische Verfügung nennt man ein *decretum interimisticum* ¹⁶⁾. Und unter diesen Alimenten werden denn auch die Proceßkosten mit begriffen ¹⁷⁾. Da die Bedürfnisse des Kindes mit den zunehmenden Jahren desselben wachsen, und also die Verpflegungskosten auch einen verhältnißmäßigen höhern Betrag erfordern, so muß bey Bestimmung derselben auch darauf Rücksicht genommen werden ¹⁸⁾.

Die Verbindlichkeit des Vaters zur Ernährung des unehelichen Kindes dauert fort, bis das Kind sich

14) S. von Zeller Commentar über das Oesterreichische Landrecht. 1. B. §. 167. Not. 2. S. 371.

15) L. 7. D. h. t. LINDNER Diss. cit. §. 12.

16) S. STRYK Diss. de decreto interimistico. (*Dissertation. Francofurtan.* Vol. I. Nr. XI.) und LYSER de decreto interimistico in *Mediat. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXXIII.

17) LYSER cit. Specim. Medit. 2.

18) S. von Quistorp Erbf. des N. R. 2. B. §. 483. S. 287. a. E. von Zeller im angef. Commentar 1. B. §. 168. Not. 1. S. 372. Ein Beispiel aus den Schweinfurter Statuten führt LINDNER cit. Diss. §. 9. an.

selbst ernähren kann. Ist das Kind schwächlich, kränklich, oder blödsinnig, so daß es wegen körperlicher Gebrechlichkeit oder Geisteschwäche nicht im Stande ist der einst sein Brod selbst zu verdienen, so dauert die Alimentionspflicht des Vaters fort, so lange das Kind lebt ¹⁹⁾. Ist das Kind aber gesund, so behauptet man insgemein, daß mit dem Eintritt der Pubertätsjahre die Verbindlichkeit des Vaters aufhöre, und zwar pflegt man die Pubertätsjahre so zu berechnen, wenn das unehlich erzeugte Mädchen das zwölfte, der Knabe aber das vierzehnte Jahr zurückgelegt hat ²⁰⁾. Allein soll hier Pubertät die Grenzlinie bezeichnen, so sollte man doch die volle Pubertät eintreten lassen, welche bey den Mädchen nach dem vierzehnten, bey den Knaben aber nach dem achtzehnten Jahre eintritt. Nam etsi generaliter *pubertas non sic definiatur*, sagt Ulpian ²¹⁾, tamen pietatis intuitu *in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile*. Dieser Grund ist ganz allgemein, er bezieht sich auf die rechtliche Begünstigung der Alimente überhaupt, und muß also auch hier zur Anwendung kommen. Es ist dieses aber auch schon pietatis intuitu zu billigen. Denn welche Herrschaft wird ein zwölfjähriges Mädchen in ihre Dienste nehmen? oder welches zwölfjährige Mädchen ist schon in weiblichen Arbeiten so geübt und geschickt, um sich selbst ihren nothdürftigen Unterhalt verschaffen zu können? Frey-

19) Beck Diss. cit. pag. 206. und LINDNER Diss. cit. §. 8. Man s. auch das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 637.

20) G. von Quistorp §. 483. G. 286.

21) L. 14. §. 1. *D. de aliment. legat.*

lich kommt es auch hier zunächst auf die besondern Gesetze und Gewohnheiten eines jeden Orts an²²⁾; aber wo diese nicht entscheiden, sollte man doch nicht sowohl auf eine bestimmte Zahl von Jahren sehen, sondern vielmehr auf die Geistes- und Körperkräfte des unehelichen Kindes in jedem vorkommenden Falle Rücksicht nehmen. Daher ist es denn wirklich das aller Klügste, wenn in den Gesetzen und richterlichen Erkenntnissen die Dauer der Alimentationsverbindlichkeit des Stuprators bis dahin festgesetzt wird, da das Kind sich selbst seinen Unterhalt erwerben kann.

Stirbt das uneheliche Kind noch vor Endigung der dem Stuprator obliegenden Alimentation, so hört zwar mit dem Tode des Kindes die Pflicht der Verpflegung auf; allein der Stuprator muß die Beerdigungskosten tragen²³⁾. Diese fallen jedoch weg, wenn derselbe sich wegen der Alimente auf eine gewisse Summe überhaupt verglichen haben sollte²⁴⁾. Dagegen findet aber auch keine Zurückforderung der einmal bezahlten Vergleichssumme Statt²⁵⁾.

22) Beispiele bey LINDNER S. 9. Nach dem allg. Preuss. Landrecht 2. Th. 2. Tit. 9. Abschnitt §. 633. soll die Verpflegungsverbindlichkeit bis nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre dauern.

23) VOLT Comm. ad Pand. Tom. II. Tit. ad Leg. Jul. de adulter. coercend. §. 6. in fin. und STRYK Us. mod. Pand. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 25. S. auch den 11. Th. dieses Commentars. §. 771. S. 418. ff.

24) S. KOCH Institut. iur. crim. §. 280. in fin. und von QUIFFORP Erbf. des P. R. §. 483. a. E.

25) BERLICH Conclus. pract. P. V. Concl. XXXVIII. nr. 47. KOCH o. l.

Stirbt der Stuprator, so geht die Verbindlichkeit zur Ernährung des unehelichen Kindes, gleich einer andern Vermögensschuld, auf seine Erben über. Denn diese Verbindlichkeit ist eine civilrechtliche, welche aus dem Gesetz entspringt, und aus dem Vermögen des Vaters bestritten werden muß. Solche Verbindlichkeiten gehen auf die Erben über, sie seyen gesetzliche, oder Testaments, oder Vertragserben des Stuprators ²⁶⁾. Daher kann selbst die Wittve desselben zur Ernährung des von ihrem Manne auffer der Ehe gezeugten Kindes verurtheilt werden, wenn sie desselben Erbin geworden ist ²⁷⁾. Denn ob das Kind ein *partus spurius*, oder *adulterinus* sey, darauf nimmt der heutige Gerichtsgebrauch keine Rücksicht ²⁸⁾.

Die Praxis gestattet dem Stuprator wegen der Alimentenschuld die Wohlthat der Competenz, wenn sein Vermögen zur Bezahlung derselben nicht zureicht, ohne sich selbst den nöthigen Unterhalt zu entziehen ²⁹⁾.

26) BERLICH c. l. nr. 45 et 46. BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. pag. 109. Fried. von Bülow und Th. Hagemann pract. Erörterungen. 4. B. Erört. LXX. §. 2. S. 355. und Franz von Zeiller Commentar über das allgemeine Oesterreichische Gesetzbuch. 1. B. §. 171. S. 375.

27) LINDNER Diss. cit. §. 25.

28) BOEHMER c. l. LINDNER Diss. cit. §. 30. 31. et 32. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen a. a. D. §. 7. S. 365.

29) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 85. nr. 84. sqq. BARDILI Diss. de satisfactione stupratae. Cap. III. Memb. VII. nr. 37. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. LXXVI. §. 6. S. 268. LINDNER cit. Diss. §. 16.

Dieser Gerichtsgebrauch läßt sich auch wegen des hier zu berücksichtigenden Verhältnisses zwischen Vater und Kind vollkommen rechtfertigen ³⁰⁾, weil hier die Gesetze keinen Unterschied Statt finden lassen, dieses Verhältniß mag aus ehelicher oder außerehelicher Erzeugung entstanden seyn. Denn uneheliche Kinder sind ihren Eltern dieselbe Ehrerbietung schuldig, wie eheliche Kinder ³¹⁾. Wenn man aber auch den Erben des Stuprators eine gleiche Wohlthat angeheihen lassen will ³²⁾, so streitet dieses gegen alle Rechtsanalogie, weil die Wohlthat der Competenz höchst persönlich ist ³³⁾. Ein anders wäre, wenn die Erben des Stuprators gerade desselben Eltern seyn sollten.

Verfällt der Stuprator in Concurß, so hören die Alimente auf, weil die Gläubiger nicht einmal den ehelichen Kindern des Gemeinschuldners die Alimente aus der Concurßmasse zu reichen verbunden sind ³⁴⁾. Rückständige Alimentengelder können zwar im Concurse der Gläubiger liquidirt werden, sie haben aber kein Vorzugsrecht, sondern bekommen ihren Platz in der letzten Klasse der Chirographarien ³⁵⁾.

30) *L. 7. D. de operis libertor. L. 17. D. de re indicat.*

31) *L. 6. D. de in ius vocando. PAULUS libro I. Sententiar. PARENTES naturales in ius vocare nemo potest: una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.*

32) *Quistorp a. a. D.*

33) *L. 25. D. de re indicata.*

34) *HOMMEL Rhapsod. Quaestion for. Vol. IV. Obs. 525. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 587. Not. b.*

35) *HOMMEL c. 1. nr. 3. von Quistorp Ord. des P. R. §. 483. Not. 1. S. 289. und LINDNER Diss. de obligat. alendi liberos illegitim. §. 15.*

§. 1289.

Wer ist, nächst dem Vater, zur Ernährung der Descendenten verbunden? Erläuterung der L. 5. §. 1—4. und L. 8. D. h. t. Wichtigkeit der Lesart der L. 5. §. 14. D. h. t. und Erläuterung derselben aus den Schollen der Basiliken.

Es ist bisher ausgeführt worden, daß vor allen andern der Vater die Pflicht auf sich habe, so lange für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, bis sie sich selbst ernähren können, und daß der heutige Gerichtsgebrauch keinen Unterschied mache, die Kinder seyen uneheliche oder eheliche Kinder. Wem nun aber, in Ermangelung des Vaters, diese Verbindlichkeit obliege, ist eine Frage, bey deren Entscheidung die Rechtsgelehrten nicht mit einander übereinstimmen. Es ist hier vor allen Dingen ein Unterschied zu machen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. In Ansehung der erstern stellt man gewöhnlich den Grundsatz auf, daß, in Ermangelung des Vaters, die Pflicht der Ernährung auf die Ascendenten der väterlichen Linie übergehe, und erst dann, wenn diese nicht vorhanden, oder dürftig sind, der Mutter obliege. So lange also noch ein Ascendent der väterlichen Linie vorhanden ist, sey die Mutter die Alimentation ihrer Kinder zu übernehmen nicht schuldig. So lehrt Hellfeld, so lehren auch die meisten ältern und neuern Practiker³⁶⁾ und Theoretiker³⁷⁾. Die Gesetzstellen, worauf sich alle

36) CARPZOV Jurispr. for. P. II. Const. X. Def. 20. et 21. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 5. LAUTERBAOH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 13. u. a. m.

37) POTHIER Pandectae Justinian. Tom. II. h. t. Sect. II. Nr. 18. p. 85. Jo. Ortow. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 19. et. 20. Jo. God. BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos Glück's Erläut. d. Pand. 28. Th.

berufen, sind die L. 5. pr. et §. 1. 2. 3. et 4. und L. 8. D. h. t. In der ersten Stelle sagt Ulpian:

Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur: iudex de ea re cognoscet.

Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere: an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est: et magis putò, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere.

Utrum autem tantum patrem, avumve paternum, præavumve paterni avi patrem, ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque parentes, et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet. —

Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est. —

Ergo et matrem cogemus, praesertim vulgo quaesitos liberos alere: nec non ipsos eam.

obligato. §. 7. LAMBE Diss. de discrimine obligationis, et ab eo pendente ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum. §. 24. sqq. Car. Christoph. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 556. Chr. Aug. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 421. Jud. Thad. ZÄUNER Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. 14. §. 8. u. f. m.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 211

Die letztere Stelle ist aus des Marcellus *libro I. ad Legem Juliam et Papiam* genommen, und lautet folgendermassen:

Noh, quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est, id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri: nisi pater aut non sit superstes, aut egens est.

Allein daß diese Gesetzstellen den aufgestellten Satz nicht enthalten, ergiebt sich klar bey genauerer Prüfung derselben. Die erstere, die *L. 5. h. t.* spricht bloß von der gegenseitigen Verbindlichkeit der Ascendenten und Descendenten einander im bedürftenden Falle zu ernähren, wovon der Grund aus der Billigkeit und natürlichen auf die Bande des Bluts gegründeten Liebe hergeleitet wird³⁸⁾. Daher soll kein Unterschied des Grades Statt finden, auch kein Unterschied zwischen der väterlichen und mütterlichen Linie. Daher soll sogar die Mutter ihre unehelichen Kinder zu ernähren schuldig seyn, so wie diese auch ihre Mutter. Allein in welcher Ordnung diese Pflicht gegenseitig auszuüben sey, davon ist keine Rede.

Die andere Stelle, *L. 8. h. t.* handelt von Enkeln, die nebst ihrem Vater sich in des Großvaters väterlichen Gewalt befinden, bey denen also der Grund der Verpflichtung des Großvaters in der väterlichen Gewalt ruhet. Dieß bezieht sich darauf, daß durch die Heyrath

38) Hiermit stimmt auch *L. 8. §. 5. Cod. de bonis, quae liberis überetn*, wo Justinian sagt: *Ipsum autem filium, vel filiam, filios, vel filias, et deinceps, alere patri necesse est, non propter hereditates, sed propter ipsam naturam.*

des Sohnes die väterliche Gewalt nach dem römischen Rechte nicht aufgehoben wurde, dahingegen die Töchter durch ihre Verheyrathung in die Gewalt des Ehemannes kam, und dadurch in eine fremde Familie übergieng. Ihre Kinder gehörten daher nicht zur Familie ihres Vaters, sondern ihres Mannes³⁹⁾. Nur dieser war folglich auch zur Unterhaltung derselben, als Vater, verpflichtet. Diese Last legt hingegen das Gesetz dem Großvater in Ansehung der Enkel seines Sohnes auf, welcher, seiner Verheyrathung ungeachtet, in der väterlichen Gewalt geblieben ist, und dessen Kinder daher auch in der väterlichen Gewalt des Großvaters waren. Vermöge des Rechts der väterlichen Gewalt mußte sich denn auch der Großvater für die Vortheile, welche ihm die väterliche Gewalt gewährte, die Last gefallen lassen, die Enkel von seinem Sohne zu ernähren, so wie auch die Enkelinnen auszustatten, und ehelich zu versorgen⁴⁰⁾. Diese Last behielt der Groß-

39) L. 196. §. 1. *D. de Verb. Significat.* S. Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Tit. VIII. Princip. VIII. Illat. 1. pag. 533.

40) Offenbar ging das onus, wovon Marcellus in der L. 8. h. t. rehet, auf Beydes, wie aus der Inscriptio dieser Stelle erhellet. Denn die Lex Julia et Papia Poppaea legte die Last der ehelichen Versorgung dem Vater nebst der Ernährung seiner Descendenten auf. L. 19. *D. de ritu nupt.* S. Jac. GOTHOFREDUS ad Leg. Juliam et Papiam Popp. (in *Thes. iur. Rom. Ottom.* Tom. III. pag. 223 sq.) und HEINECCIUS in Commentar. ad eand. Legem. Lib. I. Cap. 5. pag. 97. Not. f. Zwar wendet Franc. RAMOS DEL MANZANO in Commentar. ad Legem Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 3. nr. 1. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 444.) dagegen ein, es sey nicht zu glauben, daß Marcellus im ersten

vater auf sich, wenn auch der Vater starb, denn die Enkel blieben in seiner väterlichen Gewalt. Ein ganz verschiedenes Verhältniß tritt ein, wenn die Enkel durch den Tod ihres Vaters sui iuris werden. Denn so wie dort

Bücher seines Commentars davon gehandelt haben sollte, was nach *L. 19. D. de ritu nupt.* erst im 55. Kapitel der *Lex Julia* vorkam. Das erste Kapitel habe vielmehr von dem Verbot der Ehe der Senatoren, ihrer Kinder, und der von Söhnen abstammenden Enkel und Enkelinnen mit Freigelassenen gehandelt, wie aus *L. 44. D. de ritu nuptiar.* erhelle, welche aus *ULPIANI libro I. ad Leg. Jul. et Papiam* genommen ist. Daß auch *Marcellus* im ersten Buche seines Commentars de *maritandis ordinibus* gehandelt habe, erhelle aus *L. 32. 33. und L. 49. D. eod.* Vermuthlich habe *Marcellus* bey Gelegenheit der Worte: *Neposve ex filio* in dem ersten Kapitel der *Lex Julia*, welche auch *L. 44. pr. D. de R. N.* angeführt werden, die Bemerkung gemacht, daß das gesetzliche Verbot die Enkel von Töchtern der Senatoren nicht angehe, wie auch *Ulpian L. 10. D. de Senatorib.* sagt, und zu mehrerer Bestärkung habe er die Worte der *L. 8. D. h. t.* als Grund hinzugefügt, welche die Compilatoren der *Pandecten* aus ihrem Zusammenhange gerissen, und dem Titel *de agnoscendis et alendis liberis* einverleibt hätten. So wenig indessen zu läugnen ist, was hier *Mendoza* gegen die Erklärung des *Cathofredus* erinnert hat; so läßt sich doch nun, nachdem *Iustinian* durch *L. 29. C. de nuptiis* das *caput Legis Juliae et Pappiae de Senatorum nuptiis* aufgehoben hat, unsere *L. 8. h. t.* vermöge des Orts, an welchen sie von den Verfassern der *Pandecten* gestellt ist, ganz süglich aus *L. 19. D. de ritu nupt.* erklären. Man sehe auch *HEINECCIUS Commentar. cit. Lib. II. Cap. 20. §. 2. p. 335.* und selbst *DNL MANZANO. c. I. Reliquat. 32. nr. 5. pag. 496.*

die väterliche Gewalt den Großvater zur Ernährung seiner Enkel verpflichtet; so müssen hier diese Last diejenigen übernehmen, welche die Billigkeit und die Bande des Bluts dazu verpflichten. Dieß ist der Fall, von welchem Ulpian *L. 5. h. t.* spricht, der nicht nur diesen Grund ausdrücklich anführt, sondern auch in Gemäßheit desselben lehrt, daß der Vater auch solche Kinder zu ernähren schuldig sey, die nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt sind, so fern sie sich selbst zu helfen auffer Stand seyn sollten. Vermöge dieses Grundes, welcher in der Billigkeit und Nähe der Blutsfreundschaft beruhet, verpflichten denn auch die Gesetze selbst die Mutter zur Ernährung ihrer Kinder, sogar der unehelichen, wozu der Vater nicht verbunden ist, und zwar liegt diese Pflicht der Mutter, theils wegen der Nähe des Grades, theils wegen des Vortheils der Erbfolge, noch vor den Großältern ob. Ist jedoch diese nicht vermögend; so fordert nun auch die Billigkeit und *charitas sanguinis* den Großvater auf, die Ernährung der Enkel seiner Tochter zu übernehmen; daher die Ausnahme der *L. 8. nisi pater aut 41) non sit superstes, aut egens est 42)*, welche also von dem mütterlichen Großvater zu verstehen ist. Da nun nach dem heuti-

41) Haloanders Lesart *pater avi* statt *pater aut*, welche auch Baudoza, Miräus und Merkeln haben, giebt einen ganz unrichtigen Sinn. Die Richtigkeit der florentinischen Lesart bestärken die *Basilica Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 6. Const. 8. pag. 753.* Da heißt es: *ei de non perierint oi patres autōn; η πτωχαι-τά βίον autōν επέχομεν. i. e. Si tamen aut non superstites sint eorum parentes, aut egentes, nobis oneri sunt.*

42) Statt *est*, lesen Haloander, Baudoza, Miräus, und die meisten richtiger *sit*.

gen Recht Söhne, wenn sie mit Einwilligung des Vaters heyrathen, gewöhnlich eine eigne Haushaltung anstellen, und hiermit aus der väterlichen Gewalt gehen; so fällt der Grund weg, aus welchem die *L. 8. h. t.* den väterlichen Großvater zur Ernährung der Enkel von seinem Sohne verpflichtet. Es kann also jetzt nur der natürliche Grund eintreten, den *Ulpian L. 5. §. 2. h. t.* aus der *caritate sanguinis* ableitet. Wen fesseln nun aber wohl die Bande des Bluts mehr, als die Mutter? Welche Liebe ist zärtlicher, als die der Mutter gegen ihre Kinder? Die Billigkeit, wenn man auch den Vortheil der Erbfolge nicht mit in Anschlag bringt, legt daher auch der Mutter, in Ermangelung des Vaters, eine nähere Pflicht auf, zur Ernährung ihrer Kinder, als den Groß-Eltern, wenn sie dazu eigenes hinlängliches Vermögen besitzt, obwohl das bey der Mutter eintretende *commodum successionis* diese vorzüglichere Verbindlichkeit der Mutter gegen die der Groß-Eltern noch mehr verstärkt. Nur solange der Vater lebt, und die Kinder selbst ernährt, und ernähren kann, sprechen die Gesetze von dieser Last die Mutter frey; ja sie erlauben sogar derselben für die aus ihrem Vermögen bestrittene Unterhaltskosten von dem Vater Ersatz zu fordern, sofern sie solche nicht etwa aus blosser Liebe an das Kind, welches der Vater schon auf seine Kosten verpflegte und erzog, verwendet haben sollte. Dieß lehrt auch *Ulpian L. 5. §. 14. h. t.* wo er es zugleich durch ein Rescript des Kaisers *Marcus* bestätigt. Er sagt nämlich:

Si mater alimenta, quae fecit in filium ⁴³⁾,

43) *Jo. VAN DE WATER* Observation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 12. will statt *filium*, nach dem Inhalt des hier angeführten Rescripts, in welchem von einer *Loqret*

a patre repetat, cum modo ⁴⁴⁾ eam audiendam.
Ita ⁴⁵⁾ DIVUS MARCUS rescripsit *Antoniae Montanae*

die Rede ist, filiam lesen. Allein der angeführte Grund ist nicht wichtig genug, um bewegen den Text zu ändern. Es wird sich auch in der Folge aus den Scholien der Basiliken ergeben, daß die florentinische Lesart richtig sey. S. *Auctor Observat. iuris civ. Cap. XXI. pag. 125.* und *SMALLENBURG Obs. ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Digesta s. Pandect. Tom. IV. ad h. L. p. 374.*

44) Statt cum modo lesen einige Ausgaben cum commodo. *Z. B. Baudouin Cestius; und Rad. FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. II. Cap. 2. (in Thes. Otton. Tom. II. pag. 162.)* rechtfertiget diese Lesart durch Hülfe der Gemination. Er meint, die erste Sylbe in commodo sey zweymal zu lesen, welches in den alten Handschriften durch größere Buchstaben sey angedeutet worden, nämlich so, *COMmodo*. Allein daß auch diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon *VAN DE WATER a. a. O.* bemerkt. Die Richtigkeit der florentinischen Lesart bestätigten aber vorzüglich die *Basilica c. l. Const. V. §. 7. pag. 75a.* wo das Wort *συμμετρως* gebraucht worden, welches *Fabrot* durch *cum modo* übersetzt hat. Noch mehr der griechische Scholast pag. 754. Sch. a. welcher unsern Text wörtlich ins Griechische übersetzt hat, und auch das Wort *συμμετρως* braucht. Dieses Wort bedeutet nun zwar eigentlich soviel, als verhältnißmäßig, regelmäßig, angemessen. S. *Schneider's griechisch-deutsches Wörterbuch. 2. B. S. 529.* (Der dritt. Aufl. Leipzig 1819. 4.) Allein man kann den lateinischen Ausdruck cum modo auch so übersetzen, gewissermassen, mit einer gewissen Einschränkung, auf gewisse Art. S. *Scheller's lateinisch-deutsch. Lexikon. 3. Abth. Vocab. modus S. 6379.* (3. Aufl. Leipzig 1804.)

45) Viele lesen hier, mit Hinweglassung des Wörtchens *ita*, — audiendam, *D. Marcus rescripsit etc.* *Z. B.*

nae in haec verba: *Sed et* 46) *quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario* 47) *filiam tuam*

Car. GUILLARD, Claud. CHEVALLONIOUS, Guil. des BOYS, BAUDOZA CRESTIUS, Greg. HALOANDER, Lud. MIRABUS, und Ja: Lud: Ouil. BECK: Allein von der Richtigkeit der florentinischen Lesart überzeugt uns hier wieder der griechische Scholiast a. a. D. Tom. IV. Basilicor. p. 754. Dieser hat die erstere Periode unserer Stelle so übersetzt: *Εάν μήτηρ αποθρέψασα τόν ίδιον υιόν, άπαιτηή τόν ίδιον άνδρα άπερ άνάλωσε, χρη συμμέτρως άυτην άκουεσσαι. ούτω γάρ ο θεός Μάρκος αιτεγραψεν. i. e. Si mater alimentā, in filium suum factā, a marito suo repetat: cum modo audienda est. Sic enim Divus Marcus rescripsit.* Man lernt hieraus die Wichtigkeit der griechischen Scholien kennen, die noch viel zu wenig benutzt werden, ohngachtet der unsrerlich verdiente Haubold in seinem Manuale Basilicorum den Gebrauch derselben so sehr erleichtert hat.

46) Die Worte: *Sed et* hat der griechische Scholiast nicht. In der griechischen Uebersetzung heißt es bloß: *δσον ονόμεναι των άλιμεντων* etc. i. e. *Quantum nomine alimentorum* etc.

47) Das Wort *Necessario* geht wohl nicht auf den modus alimentorum, wie es einige verstehen wollen. In der griechischen Uebersetzung heißt es: *κατά τδ άνάγκαιον. i. e. pro ratione necessitatis.* Es bezieht sich dieß also mehr auf den Fall, wo die Mutter, wegen der Abwesenheit des Vaters, genöthiget war, die Verpflegung der Kinder zu übernehmen, wovon die L. 34. D. de negot. gestis einen Fall enthält, in welchem der Mutter die actio negotiorum gestorum sogar gegen den Vormund ihrer Kinder, ja selbst gegen die Kinder gestattet wird. In unserer L. 5. §. 14. h. t. war die Klage gegen den Mann gerichtet, weil sich die Antonia Montana,

exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt: nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogaturus esses, etiam si a patre suo educeretur 48).

Aus allem, was zur Erläuterung der angeführten Gesetzstellen ist bemerkt worden, erscheint nun klar, daß der oben aufgestellte Grundsatz auf einem offenkundigen Mißverständnis derselben beruhe. Das Resultat, was nun daraus hervorgeht, läßt sich in folgende drei Sätze zusammenfassen. 1) Ist der Vater selbst noch in väterlicher Gewalt; so ist der väterliche Großvater die von seinem Sohne in rechtmäßiger Ehe erzeugten Enkel zu ernähren schuldig. 2) Ist hingegen der Vater *sui iuris*, aber un-

an welche das Rescript des R. Marcus gerichtet ist, von ihrem Manne geschieden hatte, wie sich aus den letzten Worten des griechischen Schollasten ergibt, die er nach seiner Person beygefügt hat: *ἄτε μηδεμίᾳ βλάβης κτιούσης τῇ γυναικὶ ἀπὸ τοῦ διαζυγίου*. i. e. *quasi nullum ex divortio detrimentum ad mulierem perveniret*. Vermuthlich hatte die Mutter noch einige Zeit nach erfolgter Ehescheidung ihre Tochter auf ihre Kosten unterhalten, deren Erstattung sie von dem Ehemanne verlangte. Diesen Aufwand soll der Richter beurtheilen, und davon dasjenige abziehen, was die Mutter aus bloßer Liebe an die Tochter gewendet haben würde, wenn sie auch der Vater auf seine Kosten erzeugen hätte, damit es nicht das Ansehen gewinnen möchte, als ob sie gar kein Nachtheil der Ehescheidung strefte. S. Jo. LEUNGLAVII Notator. Lib. II. cap. 56. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 1517.)

48) Jo. Ortow. WESTENBERG in *Divo Marco. Diss. XXXI.* (*Opp. a JONGIO editor.* Tom. III. pag. 289.) hat dieses Gesetz nicht befriedigend erklärt.

vermögend, so liegt die Alimentationspflicht der wohlhabenden Mutter ob. 3) Ist aber auch diese außer Stand ihre Pflicht zu erfüllen, so kommt nun erst die Reihe an die Groß-Eltern. Diese den angeführten Gesetzen mehr entsprechende Theorie vertheidigen auch die unten angeführten Rechtsgelehrten 49).

Bei den Groß-Eltern pflegt man nun wieder einen Unterschied zu machen zwischen denen der väterlichen, und denen der mütterlichen Linie. Letztere sollen erst nach jenen zur Alimentation ihrer Enkel verbunden seyn 50). Allein selbst dieser Unterschied ist in den Gesetzen nicht gegründet, denn diese verpflichten die väterlichen Ascendenten nicht mehr und nicht weniger, als die mütterlichen, und ein Unterschied kann um so weniger angenommen werden, als theils der Grund der Verbindlichkeit, die caritas sanguinis, bey beyden Linien der nämliche ist, theils aber auch hier vorzüglich die richterliche Billigkeit eintreten,

49) VOET *Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6.* - DONELLUS *Commentarior. de iure civ. Lib. XII. Cap. 4. §. 9.* Vol. VII. edit. *Norimberg. 1824. pag. 43.* WERNER *Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 134. nr. 7.* J. H. BOEHMER *Jur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. pag. 109.* - *Car. Gottl. KNORRE Diss. de alimentis a matre liberis praestandis. (Halae rec. 1756.) Cap. I. §. 8. sqq. et Cap. II. §. 7. 9. et 10.* *Christ. Gottl. HOMMEL Diss. de ordine alimentorum iure sanguinis praestandorum. Viteberg. 1778. §. 6 — 8.* *Henr. Gottfr. BAUER Responsor. ex vario iure Vol. I. (Lipsiae 1801. 8.) Resp. XLV. pag. 186 — 191.* MALBLANC *Princip. iuris Rom. P. I. §. 132.* THIBAUT *Syst. des Pandect. Rechts. 1. Band §. 347.* HUFELAND *Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 857.*

50) HOMMEL *Diss. cit. §. 8.* THIBAUT a. a. O. u. HUFELAND a. a. O.

und darnach entschieden werden soll; wem nach der Beschaffenheit der Bedürfnisse und des Vermögens die Alimentationspflicht aufzulegen sey. Die Gesetze, wodurch man jenen Unterschied zu rechtfertigen sucht, gehören theils gar nicht hierher, wie L. 3. §. 2. 3. et 4. h. t. theils beweisen sie auch gar nichts, wie L. 5. §. 2. et 5. und L. 8. D. h. t. Das erste Gesetz sagt zwar der mütterliche Großvater sey, nächst der Mutter, seine Enkel zu ernähren schuldig; allein darüber ist kein Streit, die L. 8. aber spricht, wie schon oben bemerkt worden ist, von Enkeln, welche in der väterlichen Gewalt des Großvaters sich befinden, bey denen also ein besonderer Grund eintritt. Endlich paßt auch die Novelle CXVII. Kap. 7. worauf man sich auch zu berufen pflegt, gar nicht auf die hier vorliegende Rechtsfrage, sie bestimmt bloß die Folgen der Ehescheidung in Rücksicht der Kinder. Die Ascendenten beyder Linien, der väterlichen und mütterlichen, haben also gleiche Pflicht und gleiches Recht, und entsteht darüber Streit, so wird der Richter wissen, was er nach Vorschrift der L. 5. §. 2. D. h. t. zu beobachten hat⁵¹⁾.

Findet die allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten Statt, so werden die Kinder auf Kosten beyder Eltern erzogen.⁵²⁾

51) Mit mir stimmen überein DONELLUS a. a. O. VORT Comm. c. 1. §. 7. BAUER Respons. c. 1. MALBLANC c. 1.

52) S. HUBER Praelect. iur. civ. ad Pandect. h. t. §. 7. KNORRE cit. Diss. Cap. II. §. 3. S. HERER'S Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 70. Man rechnet bey der Gütergemeinschaft dasjenige, was zum Unterhalt und Erziehung der Kinder hat angewendet werden müssen, zur ehelichen Einbuße. S. Pflzer Rechte

§. 1289. a.

Ist auch der Vater oder Großvater verbunden, das uneheliche Kind seines Sohns oder Enkels zu ernähren, wenn des Stuprators eignes Vermögen dazu nicht hinreicht?

Daß der Großvater den unehelichen Enkel von seinem Sohne zu ernähren verbunden sey, wenn er desselben Erbe geworden ist, leidet keinen Zweifel. Denn hier kommt nicht sowohl das Verhältniß der Blutsverwandschaft, als vielmehr das Verhältniß des Erben zum Erblasser in Betrachtung⁵³⁾. Darüber aber wird sehr gestritten, ob auch in dem entgegengesetzten Falle dem Vater oder Großvater die Verbindlichkeit zur Verpflegung des von ihrem Sohne oder Enkel erzeugten unehelichen Kindes obliege, wenn der Stuprator dazu unvermögend ist? Es giebt darüber vier ganz verschiedene Meinungen. Einige⁵⁴⁾

und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Santsproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 113.

53) Koch Institution. iur. crim. §. 280. Not. und Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. V. S. 56. f. (Der zweyten Auflage).

54) Gottfr. Ludw. MENCKEN Diss. I. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda non obligato. Lipsiae 1712. et Diss. II. de eod. argum. Lipsiae 1713. 4. Koch c. I. Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. I. Cap. 2. Memb. 2. §. 6. pag. 98. sq. (edit. noviss. a Car. Ern. SCHMID curat. Jenae 1810.) Quistorp angeführte Beyträge. Nr. V. Car. Jac. LINDNER Diss. de obligatione alendi liberos illegitim. §. 26 et 27. THIBAUT Syst. des Pandect. R. 1. B. §. 348. a. E. LEMBEKE Diss. de discrim. obligationis, et ab eo pendente ord. alimentor. iure sang. praestandor. §. 45—51. Smeltin über die Präjudi-

sprechen den Vater und Großvater des Stuprators von dieser Verbindlichkeit ganz frey. Dieser Meinung stimmt Hellfeld bey. Andere ⁵⁵⁾ hingegen wollen dem Vater und nächst diesem dem Großvater die Verbindlichkeit, das von seinem Sohne oder Enkel erzeugte uneheliche Kind zu ernähren, in Ermangelung des Stuprators, schlechterdings und sogar in dem Falle auslegen, da die Mutter des Kindes selbst ein eignes hinreichendes Vermögen besitzt, um die Alimentationsverbindlichkeit übernehmen zu können. Dann giebt es Rechtsgelehrte ⁵⁶⁾, welche den Vater des Stuprators zwar auch nicht von der Verbindlichkeit zur Ernährung seines unehelichen Enkels freysprechen; ihn aber doch nur dann erst dazu verbunden wissen wollen, wenn

ziastlage de partu agnoscendo. §. 35. Not. a. S. 85. Westphal Rechtsgutachten. 1. Th. h. t. §. 3. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Eivilrechts. 2. Th. §. 857. Not. b. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrf. 4. B. Erört. LXX. S. 354. ff. Schweppe röm. Privatrecht. §. 728.

- 55) *Mart. COLERUS de Alimentis. Lib. I. Cap. 8. nr. 12. sq. Jo. Pet. SURDUS de Alim. Tit. I. Qu. 103. CARPZOV Jurisprud. Consistor. Lib. II. Def. 243. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. - LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 13. VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7. BERGER Oeconom. iuris - Lib. III. Tit. 11. §. IV. Not. 7. (pag. 613. edit. Winkler.) Joach. Chrst. RÜDINGER Diss. de avo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praestanda obstructo. Erf. 1729. Cap. 2.*
- 56) *WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. I. Obs. 134. Jo. Flor. RIVINUS An avus paternus indistincte, an vero in subsidium tantum, matre egente, alere spurium teneatur? in ejus Programmatib. ex vatrio iure*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 223

die Mutter des Kindes, welcher freylich, in Ermangelung des Vaters, zunächst diese Pflicht obliege, oder wenn auch deren Eltern zur Ernährung des Kindes unvermögend sind, oder gar nicht mehr vorhanden seyn sollten. Endlich fehlt es auch nicht an Rechtsgelehrten⁵⁷⁾, welche der Meinung sind, daß wenn weder Vater noch Mutter das uneheliche Kind zu ernähren vermöchten, alsdann die Last der Ernährung beyden Groß-Eltern, sowohl der väterlichen als mütterlichen Linie, auf gleiche Weise obliege. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient wohl ohne Zweifel die erste den Vorzug. Denn Erstens ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Vater die Verbindlichkeit auflegt, die unehelichen Kinder seines Sohns zu ernähren. Ausdrücklich verpflichten die Gesetze dazu nur die Mutter, und den mütterlichen Großvater. Item *Divus Pius significat*, sagt Ulpian, *L. 5. §. 5. D. h. t. quasi avus quoque maternus alere compellatur*. Der Grund ist, weil die unehelichen Kinder zur Familie der Mutter gehören⁵⁸⁾, und daher zwischen diesen Kindern und den mütterlichen Ascendenten ein gleiches Verhältniß, wie bey ehelichen Kindern, Statt findet. Dieses beweist

iunctim edit. Lipsiae 1735. 4. Nr. IX. *Christ. Frid. Imm. SCHORCH* Nov. Collect. Responsor. et Sententiar. selectior. Facult. iurid. Erford. Nr. X.

57) *Just. Henn. BOEHMER* Jur. Eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 16. §. 14. pag. 109 seq. *Jo. Sam. Frid. BOEHMER* Select. Observation. ad *Carpzoviam* P. I. Quaest. LXVIII. Obs. 12. *Christ. Gottl. HOMMEL* Diss. de ordine alimentor. partui iure sanguinis praestandor. §. 14. *MALBLANC* Princip. iuris Rom. P. I. §. 122. Nr. III. pag. 127.

58) *L. 19. L. 24. D. de statu hom.*

besonders das unter ihnen Statt findende Erbsolgerecht⁵⁹⁾. Hier tritt denn nun auch der natürliche Grund der Billigkeit und nahen Blutsverwandtschaft ein, welcher sie gegenseitig zur Alimentation verpflichtet. Wie ganz verschieden ist nicht dagegen das Verhältniß unehelicher Kinder zu dem väterlichen Ascendenten des Stuprators! Selbst nicht einmal in dem einzigen Falle, in welchem die röm. Gesetze den Vater zur Verpflegung seiner unehelichen Kinder verpflichten, nämlich wenn sie in einem gesetzlich erlaubten Concubinate erzeugt worden sind, ja in welchem sie sogar zwischen dem Vater und seinen natürlichen Kindern ein gewisses Erbsolgerecht, wenn gleich nur auf eine eingeschränkte Art, eintreten lassen, nicht einmal in diesem Falle erstrecken die Gesetze die Alimentationspflicht des Vaters, bey dem eintretenden Todes, oder Unvermögensfalle desselben, auf den Großvater des natürlichen Kindes väterlicher Seite⁶⁰⁾. Und wenn gleich das Canonische Recht die Verbindlichkeit des Vaters auf alle uneheliche Kinder, selbst wenn sie im Ehebruche erzeugt worden, ausdehnt⁶¹⁾; so ist doch das selbst nur von den Eltern selbst die Rede, von denen die Kinder aus unehelichem Beyschlasse erzeugt worden sind,

59) §. 3. *I. de Scto Orphit.* §. 5. *I. de successione cognator.* L. 4. L. 8. *D. Unde cognati.* L. 5. *C. ad Sctum Orphit.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 132. ff.

60) *Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 6. in fin.* in Verbindung mit *L. 12. Cod. de naturalibus liber.* S. *LEMBKE* cit. *Diss. §. 46.* und meine Intestaterbfolge. §. 128. a. C.

61) *Cap. 5. X. de eo, qui duxit in matrim.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 225

nirgends aber wird auch den Groß-Eltern, am wenigsten der väterlichen Linie, diese Verbindlichkeit aufgelegt ⁶²⁾.

Zweytens tritt auch hier keiner der natürlichen Gründe ein, auf denen sonst die Alimentationspflicht beruht, weder die Billigkeit, noch die *caritas sanguinis* ⁶³⁾. Nicht die Billigkeit. Denn wer möchte das für billig halten, daß der Vater schuldig seyn sollte, die unehelichen Kinder seines Sohnes zu ernähren, die gar nicht zu seiner Familie gehören, und folglich ihn gar nichts angehen ⁶⁴⁾? Der Vater, der durch das Vergehen seines Sohnes schon ohnehin betrübte Vater, soll noch mit Aufopferung eines Theils seines Vermögens für das Verbrechen seines Sohnes büßen, an dem er auch nicht den entferntesten Antheil hat ⁶⁵⁾? wie stimmt dieß mit der Billigkeit der Gesetze überein ⁶⁶⁾? Wie leicht könnte auf solche Art der Vater

62) S. LEMBE Diss. cit. §. 48 — 51: und von Bülow und Hagemann's angeführte Erörterungen. 4. Band Erbt. LXX. §. 7. S. 364 — 366.

63) L. 5. §. 2. D. h. r.

64) L. 4. D. Unde cognati. L. 4. §. 8. D. de gradib. MENCKEN cit. Diss. II. Th. 5.

65) Ein Anders wäre, wenn sich der Vater durch strafbare Duldung und Beförderung der ausschweifenden Lebensart seines Sohnes des von demselben begangenen Verbrechens mit schuldig gemacht haben sollte. S. Quisq. Beyträge. Nr. V. S. 70. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen. 4. B. Erbt. LXX. §. 11. S. 371.

66) L. 22. Cod. de poenis: Man wendet zwar dagegen ein, die Alimentationspflicht entspringe nicht *ex delicto*, sondern *ex nexu sanguinis*. Allein daß die Gesetze diesen nexum sanguinis in Ansehung des väterlichen Großvaters nicht anerkannt haben, ist bereits gezeigt worden.

durch Versorgung der unehelichen Kinder seiner ausschweifenden Söhne um sein ganzes Vermögen kommen! Man bedenke doch ferner, wie sehr hierdurch die ausschweifende Lebensart der Söhne begünstigt, ja welche Anreizung zu einer unzüchtigen Lebensart dieß geben würde, wenn liebedürftige Weibspersonen sich versichert halten dürften, daß sie, ungeachtet ihrer eigenen dürftigen Umstände, und der Mittellosigkeit ihres Liebhabers, den Vater desselben in Anspruch nehmen, und von ihm die Mittel zur Unterhaltung der Früchte ihres unerlaubten Umgangs sogar auf rechtllichem Wege erhalten könnten?

Noch weniger aber paßt die *caritas sanguinis* bey unehelichen Enkeln auf den Großvater des Stuprators. Welche Liebe kann er zu solchen Enkeln haben, in deren Erzeugung er nicht, wie im Falle der Verhehlung, gewilliget hat, sondern die durch ein Delict des Sohnes ihr Daseyn erhalten haben? Wie läßt sich hier ein Schluß von ehelichen Kindern auf uneheliche machen? Wie möchte man also wohl einen Beweis gegen den väterlichen Großvater aus der *L. 6. D. de collat.* hernehmen, und zu rechtfertigen wagen, wo Celsus sagt: *quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet, et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet?* Celsus spricht ja hier von der Restitution eines Heyrathsguts, welches der Großvater der Enkelin von seinem Sohne für denselben, der noch in väterlicher Gewalt war, gegeben hatte. Es war also eine *dos profectitia*, die der Vater seiner unehelichen Tochter zu geben schuldig ist ⁶⁷⁾. Die Enkelin war in der Ehe gestorben, und nun entstand die Frage, welche

67) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1231. S. 62.

Celsus hier entschieden hat, an wen die dos zurückzugeben sey? Nach dem strengen Rechte sollte eigentlich das Heyrathsgut an den Großvater, oder, weil dieser in dem Falle, von welchem hier Celsus spricht, schon gestorben war, an dessen Erben zurückkehren. Dieß war auch die Meinung des Servius und Labeo⁶⁸⁾. Allein Celsus behauptet hier das Gegentheil. Sein Grund ist Billigkeit. *Occurrit aequitas rei*, sagt er, *ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, proinde sit, atque ipso dederim*. Die Pflicht des Großvaters gegen die Enkelin hieng hier von der Pflicht des Vaters gegen den Sohn ab. Weil nun der Vater seiner legitimen Tochter ein Heyrathsgut zu geben schuldig ist, so muß der Großvater auch, um seines Sohns willen, wenn dieser kein eignes Vermögen hat, seiner Enkelin eine dos bestellen. Hierzu kam aber in dem Falle des Celsus noch ein Grund des Mitleids. Der Vater hatte nämlich den Sohn enterbt. Er sollte also das für sein Erbtheil rechnen, was von seinem Vater seiner Tochter seinetwegen zum Heyrathsgute war gegeben worden⁶⁹⁾. Wie paßt der Grund der Billigkeit, nach welchem hier Celsus lediglich entschieden hat, auf unsern Fall? Die Enkelin war ja eine eheliche Tochter seines Sohnes, und die Pflicht des Vaters zur Dotacion seiner Töchter beruht, wie schon an einem andern Orte⁷⁰⁾ bemerkt worden ist, auf natürlicher Liebe⁷¹⁾.

68) L. 79. D. de iure dot.

69) S. Jos. FINESTRES ET DE MONSALVO Praelection. Cervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de liberis et postum. P. IV. Cap. 4. §. 28. pag. 151.

70) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1231. S. 66. und S. 93.

71) L. 1. §. 10. D. Si quid in fraud. patroni.

Eben so unpassend, ja offenbar ungereimt, ist das Argument, was man von der Einheit der Person zwischen Vater und Sohn hernimmt, und nicht minder falsch die Folge, daß das Kind, welches der Sohn zu ernähren schuldig ist, auch von dem Vater desselben versorgt werden müsse. Gründe, die gar keine Widerlegung verdienen⁷²⁾. Scheinbarer ist der Grund, wenn man sagt, wollte man den Großvater väterlicher Seite von der Ernährung des unehelichen Enkels freigesprochen, so würden uneheliche Kinder mit ihrer Ernährung häufig dem Publikum zur Last fallen. Allein dieser Fall wird nicht leicht zu besorgen seyn. Denn vor allen liegt ja dem Schwängerer die Unterhaltung seiner illegitimen Kinder ob. Ist dieser todt, oder abwesend, oder mittellos, so ist die Mutter des unehelichen Kindes zu dessen Verpflegung verbunden. Wäre aber auch die Mutter nicht mehr vorhanden, oder ebenfalls wegen ihrer Armuth die Verpflegung des Kindes zu übernehmen nicht im Stande; so fällt diese Last auf die Großeltern der mütterlichen Linie, und besonders auf den Großvater des unehelichen Enkels. Sollten aber auch diese alle zur Unterhaltung des unehelichen Kindes ganz unfähig seyn; so muß das uneheliche Kind, nach den besondern Gesetzen oder Gewohnheiten jedes Orts, auf öffentliche Kosten ernährt werden, und in diesem gewiß nur selten eintretenden Falle, würde denn auch freylich der väterliche Großvater sogut, wie jeder andere Staatsbürger, also nicht als Großvater, seinen Antheil beyzutragen haben.

Das wichtigste Argument, was man unserer Meinung noch entgegensezt, ist der Gerichtsgebrauch. Nach

72) S. MANCKEN Diss. II. cit. Th. 6 — 12.

diesem soll, in Ermangelung des Stuprators, auch dem väterlichen Großvater die Pflicht obliegen, den unehelichen Enkel seines Sohns zu ernähren. Nun ist wohl nicht zu läugnen, daß nach dieser Meinung von verschiednen Gerichtshöfen und Facultäten gesprochen worden ist, wie die hiervon in den Schriften der practischen Rechtsgelahrten vorkommenden Erkenntnisse beweisen⁷³⁾. Es ist auch diese Meinung durch manche Landesgesetze⁷⁴⁾ sanctionirt worden. Dennoch aber ist ein allgemeiner Gerichtsgebrauch so wenig, als ein allgemeines deutsches Gesetz zu erweisen⁷⁵⁾. Denn so wie bey mehreren Landesgerichten und höchsten Tribunälen⁷⁶⁾ die richtigere Mei-

73) CARPZOV Jurispr. for. P. II. Const. X. Def. 20 et 21. Consil. Pae. Tubing. Vol. II. Cons. LXV. n. 64. et Vol. VIII. Cons. XXXVIII. nr. 9. RIVINVS cit. Progr. pag. 51. SCHRÖCK'S Sammlung auserles. Gutachten und Urtheilsprüche der erfurtischen Juristen-Facultät. Nr. X. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 166. §. 5. und Carl Ernst Albrecht's Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle. 2. Band (Hanno ver 1800. 8.) Rechtsfrage LXVIII. S. 159 ff.

74) S. Allgem. Preuß. Landr. 2. Th. 2. Tit. 9. Abschn. §. 628 und 629. „Ist der Vater für den Unterhalt und die Erziehung des (unehelichen) Kindes zu sorgen nicht vermögend; so geht diese Pflicht auf die Großältern von väterlicher Seite über. Erst in deren Ermangelung, oder bey deren Uebermögen, sind die Mutter und die mütterlichen Großältern dazu verpflichtet.“

75) S. von Bälow und Hagemann angef. Erörterungen 4. B. Nr. LXX. §. 8. S. 366.

76) So spricht in den Hessen-Casselschen Gerichten die Observanz für den väterlichen Großvater. S. Led-

nung angenommen ist, so ist sie auch in mehreren deutschen Landesgesetzen ⁷⁷⁾ bestätigt worden.

§. 1289. b.

Sind Patren die Kinder, welche sie aus der Taufe gehoben haben, bedürftendfalls zu ernähren verbunden?

Es ist bekannt, und auch schon an einem andern Orte ⁷⁸⁾ bemerkt worden, daß nach dem Canonischen Recht durch die Taufe eine Art von Verwandtschaft entsteht, welche man die geistliche nennt. Wer demnach ein Kind aus der Taufe hebt, wird als ein geistlicher Vater oder Mutter des Täuflings angesehen ⁷⁹⁾.

Dies hat nun die Frage veranlaßt, ob der Pathe auch das Kind, welches er aus der Taufe gehoben hat, im bedürftenden Falle zu ernähren verbunden sey?

berhöse Versuch einer Anleitung zum Hessen-Casselschen Kirchenrechte. Cassel 1785. Eben so das Hofgericht in Hannover. S. von Bülow und Hagemann Erörterungen. a. a. D. S. 367.

77) S. z. B. die Chursächsische Verordnung von 1746. in HOMMEL Diss. cit. de ordine alimentor. partui maxime ex sponaa nato iure sanguinis praestandor. §. XIV. pag. 19. Ferner das allgem. bürg. Gesetzbuch für die Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1. Th. 3. Hptst. §. 167. und Franz von Zeller Commentar über das Oester. Gesetzbuch 1. Band S. 371.

78) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 14. der 2. Aufl. und den 23. Th. dieses Commentars §. 1215 b. S. 415 ff.

79) Can. 7. Caus. XXX. Qu. 1. Cap. 1. Caus. XXX. Qu. 3. L. 26. Cod. de Nupt.

Mehrere Rechtsgelehrte ⁸⁰⁾ wollen dieses behaupten. Allein selbst das Canonische Recht hat jene geistliche Verwandtschaft soweit nie ausgedehnt, sondern macht es den Vätern nur zur Pflicht, die Kinder, welche sie aus der Taufe gehoben haben, zu einem christlichen Lebenswandel zu ermahnen, und sie zur Schule und Kirche anzuhalten, es giebt ihnen zu bedenken, daß sie deshalb bey der Taufe für das Kind bey Gott gleichsam Bürgerschaft geleistet hätten ⁸¹⁾. Nie hat auch weder der Staat, noch die Kirche verlangt, daß die Väter auch für den Unterhalt ihrer Täuflinge zu sorgen hätten. Es lehrt vielmehr die Kirchengeschichte, daß die Kirche selbst diese Sorge übernommen, und aus ihrem Uerar bestritten habe ⁸²⁾. Bey uns Protestanten kann dieses um so we-

80) *S. SORDUS de Alimentis Tit. I. Quaest. 11. pag. 19. MÜLLER ad Struvium Tom. II. Exercit. XXX. Th. 78. not. 5. und die von STARK Us. mod. Pand. h. t. §. 8. angeführten Rechtsgelehrten. Besonders ist hier die Abhandlung von Joh. Christoph. Wolfart in den Hallischen gelehrten Anzeigen vom J. 1783. Nr. XL. merkwürdig, welche auch in die Dresdner gelehrte Anzeigen v. J. 1784. eingerückt worden ist.*

81) *Can. 105. Dist. IV. de Consecrat. C. Zeg. Bern. van ESPEN iur. ecol. univ. P. II. Sect. I. Tit. 2. Cap. 5. §. 9 et 10. und Gerh. van MASTRICH Schediasm. de susceptoribus infantum ex baptismo. Francofurt. et Lips. 1727. 4. pag. 29. sqq.*

82) Aus mehreren Stellen des H. Augustinus hat dieses Jos. BINGHAM in Originib. s. Antiquitat. ecclesiast. Vol. IV. Lib. XI. Cap. 8. §. 5. erwiesen. AUGUSTINUS führt in *Epist. XXIII. ad Bonifacium* den Grund an: *Offeruntur quippe parvuli ad percipiendam spirituales gratiam non tam ab eis, quorum gestantur*

niger einigem Zweifel unterworfen seyn, da wir alle geistliche Verwandtschaft als grundlos verwerfen⁸³⁾. Ein andres wäre freylich, wenn ein Pathe bey der Taufe ausdrücklich versprochen hätte, auch für den Unterhalt des armen Kindes zu sorgen⁸⁴⁾.

§. 1290.

Ernährung der Eltern.

So wie die Kinder von den Eltern, so können auch II. die Ascendenten, wenn sie arm sind, von ihren wohlhabenden Descendenten mit Recht standesmäßigen Unterhalt fordern⁸¹⁾. Es findet auch bey den Ascendenten so

manibus, quamvis et ab ipsis, si et ipsi boni fideles sunt, quam ab universa societate sanctorum et fidelium. — — Tota hoc ergo mater ecclesia, quae ipsi sanctis est, facit: quia tota omnes, tota singulos parit. BINGHAM macht hierbey die Bemerkung: Quocirca, si quibus eorum vitae deessent subsidia, aequum et iustum erat, ecclesiam suis ipsius liberis ea prospicere: ut adeo, qui sponsoꝝ fideiussionem pro infantibus tantopere urgent, quasi haec ipsa ad prospiciendum victum et amictum se obligassent, adserti sui fundamento destituantur, quum ex optimis, quae nobis suppetunt, documentis, in antiquae ecclesiae praxi aliter rem se habuisse appareat.

83) G. STRUVII Synt. iuris civ. Exerc. XXX. Th. 78. STRYK o. l. und LINDNER Diss. cit. de obligat. alendi liberos illegitimos. §. 28.

84) G. SIMON Diss. de iure patrinoꝝ. Cap. IV. §. 9.

85) L. 5. §. 1. 2. et 13. D. h. t. L. 1. et 2. Cod. de alendis liber. ac parentib. L. 8. §. 5. Cod. de bonis, quae liberis. Nov. CXVII. cap. 7. G. CAAPPOV Jurisprud. for. P. II. Const. X. Definit. 29.

wenig ein Unterschied des Grades, der Linie, des Geschlechts, und der Religion Statt, als auf Seiten der Kinder, welchen die Gesetze die Alimentationspflicht auflegen, Geschlecht, Grad, Alter, Stand oder Religion in Betrachtung kommt⁸⁶). Denn Liebe, Ehrfurcht und Dankbarkeit gegen die Ascendenten, von denen die Descendenten abstammen, sind der Grund, aus welchem die Gesetze die letztern zur Alimentation der erstern auffordern⁸⁷). Daher sagt Ulpian L. 5. §. 14. h. t. Iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, cum filius sit in facultatibus.

Aus diesem Grunde ist daher auch das unmündige Kind⁸⁸), so wie der Sohn, welcher Soldat ist⁸⁹), wenn

86) G. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XII. Cap. 4. §. 8.

87) L. 5. §. 15. 16 et 17. D. h. t. L. 5. Cod. de patria potest.

88) L. 5. §. 13. D. h. t. Ulp. Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogitur: iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, eum filius sit in facultatibus. Haloander, Baubozza und Merittin lesen hier *Et si impubes etc.* Auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 752. haben *καὶ ὁ ἀνεξαρτήτος δαῖψος etc.* Brenkmann Not. 85. in der Gebauer. Ausgabe des *Corp. iur. Rom.* Tom. I. pag. 437. hält die Lesart *impubes* für fehlerhaft, und will dafür in *opibus* lesen. Allein Gebauer hat diese Kritik mit Recht verworfen.

89) L. 5. §. 15. D. h. t. Ulp. A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse, pietatis existimat ratio. Ulpian's Meinung in den angeführten beyden Gesetzstellen geht also dahin, daß weder Un-

nur die Kinder wohlhabend sind, ihre armen Eltern zu ernähren, ja selbst der zur christlichen Religion übergetretene Sohn eines Juden ist seinen jüdischen Eltern, wenn diese der Alimente bedürfen, dieselben zu reichen verpflichtet⁹⁰⁾. Eben dieselbe Pflicht legen die Gesetze auch den unehelichen Kindern auf, insofern sie im umgekehrten Falle den Unterhalt von ihren Eltern hätten fordern können⁹¹⁾.

Kommt es jedoch, in Absicht auf die Alimentationspflicht selbst, nicht auf den Grad an, so ist dieser wenigstens in Absicht auf die Ordnung zu berücksichtigen, so daß die Descendenten des ersten Grades näher verpflichtet sind, als die der entfernteren Grade, gerade so wie bey der Ernährung der Descendenten⁹²⁾. Daß aber bey der Ver-

mündigkeit, noch Soldatenstand, so privilegiert sie auch übrigens Beyde sind, die Kinder von der Alimentationspflicht befreye. S. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Sect. II, Nr. XX. pag. 83.

- 90) *Arg. can. 1. Dist. XXX. S. SURDUS de Aliment. Tit. I. Quaest. 18. pag. 30.* Man vergleiche jedoch wegen des angeführten Textes BERARDUS ad Gratiani Canones. P. I. Cap. 8. pag. 93. Daß aber auch im umgekehrten Falle der jüdische Vater seinem zur christlichen Kirche übergegangenen Sohne die Alimente nicht versagen dürfe, leidet keinen Zweifel. *L. 15. Cod. de haereticis. Cap. 5. X. de Judaeis. S. GUST. HEINR. MULLER Diss. de patre Judaeo, alimenta, sumtus studiorum et legitimam filio christiano denegante. Lipsiae 1740.*
- 91) *L. 5. §. 4. D. h. t. S. BRACER Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 15. Not. 11.*
- 92) *S. LEMBEKE Dissert. cit. §. 28—30. und Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 7.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 235

pflegung der Eltern das Verhältniß der väterlichen Gewalt eben so wenig, wie bey Ernährung der Kinder, in Betrachtung kommt, ist auffer Zweifel⁹³⁾. Selbst von verbrecherischen Eltern dürfen die Kinder ihre hülfreiche Hand nicht abziehen. *Quamquam enim legum contemptor et impius sit, tamen pater est*⁹⁴⁾.

Soweit kann jedoch die Alimentationspflicht der Kinder nicht ausgedehnt werden, daß sie auch die Schulden der Eltern zu bezahlen angehalten werden könnten⁹⁵⁾.

Hat ein Kind die Verpflegung seiner Eltern allein übernommen, so kann es von seinen Geschwistern eine verhältnißmäßige Vergütung verlangen⁹⁶⁾.

§. 1290. a.

III. Ernährung der Geschwister.

Ältere⁹⁷⁾ und neuere Rechtsgelehrte⁹⁸⁾ behaupten, daß auch

93) L. 5. §. 1. D. h. t.

94) *Novell. XII. cap. 2.* VOLT Comment. ad Pand. h. t. §. 8. MÜLLER ad Struvium. Exerc. XXX. Th. 78. Not. β.

95) L. 5. §. 16. D. h. t. *Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendam exsolvere filium; rescriptum est.*

96) G. MEVIUS Tom. I. P. II. Decisio 18. und QUITSCH'S rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. XCVI.

97) VOLT Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 8. *Surdus de Aliment. Tit. I. Quaest. 25.* COLERUS de Aliment. Lib. I. Cap. 9. CARPZOV P. II. Const. X. Definit. 19. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Part. II. h. t. §. 14. besonders in Dissert. de singulari fratrum iure

III. eheliche Geschwister⁹⁹⁾ einander bedürftenden Falls zu ernähren verbunden wären. Allein die Beweise für diese Meinung sind noch vielen Zweifeln unterworfen, wie schon Ulrich Huber¹⁰⁰⁾ bemerkte. Die Gesetzstellen, worauf man sich beruft, sind L. 73. §. 1. D. de iure dot. L. 20. D. Solutio matrimonii. L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. de administr. tut. L. 1. §. 2. D. de tut. et rationib. distrah. L. 4. D. Ubi pupillus educari debeat. Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 6. Daß aber diese Stellen theils gar nicht hierher gehören, theils aber auch bey genauerer Erwägung von keiner Zwangspflicht der Geschwister reden,

§. 20 sqq. STRUVIUS Syntagm. iur. civ. P. II. Exercit. XXX. Th. 78. J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 9. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 15. Not. 15. PUFENDORF Observat. iuris univers. Tom. IV. Obs. 166. §. 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXV. medit. 2. u. f. m.

98) HOFACKER Princip. iur. civ. R. Germ. Tom. I. §. 556. LEMBKE Diss. de discrim. obligation. et ab eo pend. ord. alimentor. §. 31. MALBLANC Princip. iur. Rom. secund. ord. Dig. P. I. §. 122. Nr. V. pag. 127. ZAU-
NER Introd. in ius Digest. P. I. Lib. II. Tit. 14. §. 15. HUFELAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Band §. 858. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Th. Nr. XII. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 242.

99) Einige wollen nicht einmal zwischen legitimen und natürlichen Geschwistern einen Unterschieß machen, wie MALBLANC a. a. O. HOFACKER a. a. O. ZAU-
NER c. l. MÜHLENBRUCH c. l. Allein das Gegentheil behauptet HUFELAND a. a. O. Not. e. §. 22. Alle berufen sich auf Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 6.

100) Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 8.

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 237

ist dagegen von mehreren ¹⁾ gezeigt worden. Die nähere Erörterung dieser Streitfrage bleibt der folgenden Abtheilung vorbehalten.

- 1) *Jo. Ortiv. WESTENBERG* de portione legitima. Diss. I. Cap. 5. §. 15 — 25. (in *Opp. a Jungio* edit. Tom. I.) und Desselben Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 26. *Frid. BEHMERI* novum ius controvers. Tom. II. Obs. 150. pag. 666. sq. *WALCH* Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 23. pag. 116. (edit. noviss. *Jenae* 1810.) *Ab. Diet. WEBER* syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 102. und Not. 6 — 9. S. 447. ff. (der 4. Aufl.) *Hänsler* theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 105. Not. 2. *Frid. POPP* Disquisit. de imperfecta fratrum sororumque ad se invicem alendos obligatione. *Altorfii*. 1780. 4. *MÜLLER* Observation. pract. ad *Leyserum*. Tom. III. Fasc. II. Obs. 581. *KIND* Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 27. *Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 642. (der 3. Ausg.) und *G. G. HENCKELL* Diss. Num et quatenus fratres sororesque se invicem alere debeant. *Halae* 1819. 8.

Berichtigung und Ergänzung.

S. 126. 3. 3. ist statt *sui iuris* vielmehr *sui heredis* zu lesen.

S. 184. zur Note 66. ist noch hinzuzufügen: *Henr. Gottfr. BAUER Responsor. ad quaestiones. ex vario iure. Vol. I. Resp. 42. pag. 174. sqq.* Es ist daselbst, auch noch insonderheit gezeigt worden, in wiefern in Schwängerungssachen die Zurückschlebung des von der Klägerin befristeten Eides Statt finde.

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
H e l l f e l d
ein C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathes und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Acht und zwanzigsten Theils zweite Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 7.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

1953

PHYSICS 309

LECTURE NOTES

BY

ROBERT H. FERRY

1953

Fortsetzung des Titels

De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

§. 1290. b.

Ist die Ernährung dürftiger Geschwister eine Zwangspflicht, oder edelmüthige Liberalität? Erklärung der dahin gehörigen Gesetzstellen.

Daß viele der berühmtesten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit der Meinung sind, Geschwister seyen einander bedürftenden Falls zu ernähren verbunden, ist bereits bemerkt worden. Es kommt also jetzt nur noch darauf an, die Gesetze näher zu prüfen, die man für diese Meinung anzuführen pflegt. Dahin gehört

1) L. 73. §. 1. D. de iure dotium. und L. 20. D. Solutio matrim. Beide Gesetzstellen sind schon an einem andern Orte ²⁾ vorgekommen, und ausführlich erklärt worden. Sie handeln von den Fällen, wo der Mann während der Ehe der Frau die Dos gültig zurückgeben kann, ohne eigne Verantwortlichkeit. Es heißt in diesen Gesetzstellen ausdrücklich: uxori dos reddi potest, dos recte ei solvitur. Unter diesen Fällen wird denn auch

2) S. den 27. Th. §. 1276. b. S. 246 — 264.

der mit angeführt, wenn die Zurückgabe der Dos während der Ehe geschieht, um nahe Verwandte, die in große Dürftigkeit gerathen sind, z. B. ihre armen Kinder, die sie mit einem andern Manne erzeugt hat, oder ihre dürftigen Eltern, oder Geschwister zu unterstützen. Da also hier von keiner Verpflichtung des Ehemannes, sondern nur davon die Rede ist, was derselbe auf eine erlaubte und gültige Art thun kann; so läßt sich hieraus noch keine Rechtspflicht der Geschwister, im bedürftenden Falle einander zu ernähren, folgern, wenn diese nicht durch andere Gesetze, so wie bey Kindern und Eltern, ausdrücklich begründet ist. Unser Titel handelt nun zwar ausdrücklich von der rechtlichen Zwangspflicht der Eltern zur Ernährung ihrer Kinder, so wie von der gegenseitigen Pflicht der Kinder zur Ernährung ihrer dürftigen Eltern; der Geschwister aber wird in dem ganzen Titel mit keinem Worte gedacht, ohnerachtet der Grund der Alimentationspflicht in der *aequitas, caritasque sanguinis* gesetzt wird 3).

2) L. 12. §. 3. *D. de administrat. et periculo tutor.* Diese Stelle ist aus des Paulus libro XXXVIII. *ad Edictum* genommen, und lautet, wie folgt.

Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur: in primis mercedis praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet; alimenta servis libertisque, nunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit: solemnia munera parentibus cognatisque mittet. Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae, etiamsi

3) L. 5. §. 2. *D. h. t.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 243

aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

Es ist hier theils von nothwendigen Ausgaben des Vormundes für den Pupillen, besonders solcher, die den Unterricht desselben, und die Alimente für die Sklaven und Freigelassenen desselben betreffen, zuweilen auch wohl für Andere, sofern der Pupill davon Nutzen hat³⁾; theils von Ehrengeschenken an Eltern und Verwandten die Rede. Von Alimenten für Geschwister des Pupillen wird kein Wort gesagt, noch weniger die Frage entschieden, ob den Geschwistern eine Zwangspflicht obliege, sich gegenseitig die Alimente zu reichen. Was von der Dotirung der Schwester gesagt wird, ist offenbar Liberalität, und würde eine solche seyn, wenn auch die Schwester keine soror uterina wäre, wie ich schon an einem andern Orte⁴⁾ ausführlicher gezeigt habe. Diese Stelle kann also auch nicht zum Beweise dienen. Wichtiger scheint

3) die L. 13. §. 2. D. eodem zu seyn, welche aus

4) Das Gesetz braucht den Ausdruck *exteri* im Gegensatz von *servi* und *liberti*. Da diese zur Familie eines röm. Paterfamilias gerechnet wurden, L. ult. Cod. de Verb. Signif. so werden hier *exteri* alle diejenigen genannt, welche nicht zur Familie des Pupillen gehörten, und dies konnten denn auch wohl Geschwister seyn, wie POZZI Diss. cit. §. 12. sehr richtig bemerkt. Denkt man sich nun den Fall, daß die arme Schwester nachher ein bedeutendes Vermögen erworben, und aus Dankbarkeit den Bruder zum Erben eingesetzt habe; so läßt sich unsere Stelle sehr gut erklären. Man sehe auch BARRONIVS de Verb. iur. Signif. voc. *Exter*.

5) C. den 25. Th. §. 1231. C. 99 — 104.

GAII libro XII. ad Edictum provinciale genommen ist. Die hierher gehörigen Worte sind folgende.

In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat: nec nuptiale munus matri pupilli, vel sorori mittere. Aliud est, si matri forte, aut sorori pupilli tutor ea, quae ad victum necessaria sunt, praestiterit, cum semetipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est.

Hier ist nun zwar freylich die Rede von Alimenten, die der Vormund der armen Mutter, oder der Schwester des Pupillen gereicht hat, weil sie sich selbst zu ernähren nicht vermögend war. Es wird auch gesagt, eine solche Ausgabe sey zu billigen, und zwar mit Recht, weil es einer Pflicht gilt, von welcher zu vermuthen ist, daß der Pupill sich ihrer nicht entziehen würde, wenn er die eigne Verwaltung seines Vermögens hätte. Läßt sich denn aber daraus eine Zwangspflicht folgern?

4) L. 4. D. Ubi pupillus educari debeat. Julian, aus dessen libro XXI. Digestorum diese Stelle entlehnt ist, sagt hier:

Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quicquam praeterea; et tutorem eis Sempronium dedit. Is a cognatis et propinquis pupillae perductus ad Magistratum, iussus est alimenta pupillae, et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. Quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in

alimenta pupillae, et mercedem a tutore ex tutela praestitum sit? Respondi, existimo, etsi citra Magistratum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo, aut substitutis pupilli praestare debere.

Der Fall, den Julian hier entschieden hat, ist folgender. Ein Vater hatte seinen unmündigen Sohn zum Universalerben eingesetzt, seiner unmündigen Tochter aber hatte er bloß 200 zu einem Heyrathsgute vermacht, weiter sollte sie nichts erhalten. Den Kindern gab er den Sempronius zum Vormund. Dieser ward von den Verwandten der unmündigen Tochter vor Gericht gefordert, und ihm vom Magistrat auferlegt, ihr den Unterhalt zu geben, und sie zugleich auf Kosten der Erbschaft in den freien Künsten unterrichten zu lassen, so wie es damals Sitte war, daß auch die jungen Frauenzimmer in solchen Künsten unterrichtet wurden⁶⁾. Nachdem beyde Kinder die Mündigkeit erreicht hatten, zahlt der Bruder seiner Schwester die ihr vermachten 200 aus. Nun entstand aber die Frage, ob nicht der gewesene Pupill gegen den Vormund auf Ersatz dessen klagen könne, was dieser auf die Ernährung und Erziehung der Schwester desselben verwendet hätte. Julian entscheidet diese Frage verneinend. Denn Erstens war der Vormund durch das Decret der Obrigkeit gedeckt. Wenn aber auch Zweitens der Vormund ein solches Decret nicht für sich hätte, so würde man ihm

6) S. Jac. CUIACII Commentar. in Lib. XXI. Digestorum Salvii Juliani ad h. L. (in Operib. postum. Tom. III. pag. 143. edit. Fabrot.)

doch auf jeden Fall diese Ausgabe in der Rechnung, als eine für den Pupillen erfüllte Liebespflicht, müssen passiren lassen. Der Vormund war nun zwar freylich hier vom Magistrate gezwungen worden, der Schwester seines Pupillen die Alimente zu reichen; allein auch daraus folgt noch keine Zwangspflicht für den Bruder zur Ernährung seiner Schwester. Der Tutor war zur Ehre des Pupillen verbunden, die arme Schwester seines Mündels aus der Erbschaft zu unterhalten, und sie ihrem Stande gemäß erziehen zu lassen, weil die Unterlassung dieser Pflicht eine Beschimpfung für den Pupillen gewesen wäre, weshalb der Vormund sogar würde haben belangt werden können, wie folgende Stelle Ulpian's ausdrücklich sagt:

5) L. 1. §. 2. D. de tutelae et rationib. distrahend. aus desselben libro XXXVI. ad Edictum.

Sed etsi non mortis causa donaverit tutore auctore, idem JULIANUS scripsit, plerosque quidem putare, non valere donationem: et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet interveniente: *veluti si matri, aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius quaerentes; cur tam coniunctae personae alitae sint. Quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

Ulpian entscheidet hier aus Julian's Digesten, und zwar aus demselben 21sten Buche, aus welchem auch die vorige Stelle genommen ist, bey der Gelegenheit, da Er von der actio tutelae handelt, die Frage, ob diese Klage

gegen den Tutor begründet sey, wenn er zu solchen Geschäften das Pupillen seine Auctorität ertheilt hat, wodurch das Vermögen des Pupillen vermindert wird, und wodurch der Pupill eine bloße Freygebigkeit ausübt? Bey einer Schenkung von Todes wegen, sagt Julian, sey dieses ausser Zweifel; denn hier war die Auctorität des Tutors schon darum unstatthaft, weil ein Pupill eine Schenkung von Todes wegen eben so wenig, wie ein Testament, gültig errichten kann. Aber auch eine Schenkung unter den Lebenden gilt, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten, in der Regel nicht; doch könne es hier Fälle geben, wo der Tutor, ohne eigne Verantwortlichkeit, dem Pupillen auctor werden kann, nämlich mittelst eines Decrets, wenn gleich sein Vermögen dadurch vermindert werde. Dahin rechnet nun Julian den Fall, wenn der Tutor der Mutter oder Schwester seines Mündels, ob es eine vollbürtige, oder Halbschwester ist, unterscheidet Julian nicht weiter, die Alimente für Rechnung des Pupillen gereicht hat, weil sie zu arm waren, um sich ihren Unterhalt selbst zu verschaffen. Warum diese Ausnahme? der Grund wird aus der Natur der actio tutelae hergeleitet, weil diese ein bonae fidei iudicium ist, bey welcher es nicht bloß darauf ankommt, ob der Vormund die Zwangspflichten des Pupillen, sondern auch, ob er die sogenannten Liebes- und Ehrenpflichten desselben, d. h. diejenigen Pflichten, welche man nicht füglich vernachlässigen darf, um im gemeinen Leben für einen honesten Menschen gehalten zu werden, erfüllt habe. Wie könnte also wohl der Pupill, oder desselben Nachfolger, auf rechtliches Gehör Anspruch machen, wenn sie nachher eine solche Handlung des Tutors anfechten wollten? Würde nicht im Ge-

gentheil gegen den Vormund mit Recht Klage aus der Tutel erhoben werden können, wenn er eine solche Pflicht vernachlässiget hätte⁷⁾? Julian scheint zwar dennoch ein Decret zu erfordern; aber wohl mehr zur Sicherheit für den Vormund, weil es doch hierbey auf gewisse nicht immer leicht auszumittelnde Bedingungen ankommt, keinesweges aber aus unerläßlicher Nothwendigkeit, weil sonst Julian sich selbst widersprechen würde, der in der vorigen Stelle, ausdrücklich sagte, daß es nicht anders seyn würde, wenn auch der Vormund deshalb kein obrigkeitliches Decret ausgewirkt hätte. So bietet uns also das Gesetz die Gründe selbst dar, ohne nöthig zu haben, zu der lex Voconia die Zuflucht zu nehmen⁸⁾. Dann mag auch vielleicht dieses Gesetz noch zu Julian's Zeiten gegolten haben, weil es Gajus in seinen Institutionen⁹⁾ noch als geltendes Recht zu erwähnen scheint; so hätte es doch wohl gewiß zu Ulpian's Zeiten keinen practischen Gebrauch mehr¹⁰⁾; überdem hatte es

7) Man denke sich noch den Fall, die Schwester, welcher lieblos die Alimente versagt wurden, sey nachher durch glückliche Ereignisse zu einem bedeutenden Vermögen gelangt, und habe deswegen den Bruder im Testament präterit. Sollte deswegen nicht die actio tutelae gegen den Vormund begründet seyn?

8) S. Pox Disquisit. cit. §. 10.

9) *Commentarior. II.* §. 274. Item mulier, quae ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommissa relictam sibi hereditatem capere potest.

10) S. Maur. KINO Diss. de Logo Voconia. (Lipsiae 1820. 4.) Cap. VIII. §. 63. sqq. Zimmern über die lex Voconia; in den römischrechtl. Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung von Neustetel und Zimmern (1. B. Heidelberg 1821.) S. 329. und Hugo

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 249.

auch auf Julians und Ulpian's Entscheidungen gar keinen Einfluß¹¹⁾).

Alle bis dahin erklärte Gesetzstellen betreffen also bloß die Frage, in wiefern der Vormund, welcher der Mutter oder den Geschwistern seines Pupillen, die in dürftigen Vermögens-Umständen sich befanden, aus dem Vermögen seines begüterten Mündels Unterstützung geleistet hat, diese Ausgabe in Rechnung bringen könne, ohne einen Anspruch dereinst von Seiten seines Pupillen befürchten zu dürfen? und diese Frage wird aus besondern Gründen, die sich auf die Pflichten des Tutors, und die Natur der actio tutelae beziehen, bejahend entscheiden. Da diese Klage ein iudicium bonae fidei ist, so war wohl nichts billiger, als den Vormund gegen dieselbe zu schützen, wenn er für Rechnung seines Mündels Pflichten erfüllt hat, von denen nicht nur zu vermuthen ist, daß der Pupill sie selbst erfüllen würde, wenn er die eigne Verwaltung seines Vermögens hätte; sondern wegen deren Vernachlässigung der Vormund auch sogar selbst dereinst eine Klage von Seiten seines Mündels befürchten müßte. Ein ganz anderes Verhältniß tritt hingegen ein, wenn die Erfüllung einer solchen Pflicht von dem verweigert wird, der die alleinige Disposition über sein Vermögen hat. Hier fehlt es nun ganz an einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, die den begüterten Bruder zur Ernährung seiner armen Schwester verpflichtet¹²⁾. Zwar beruft man sich

Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 290. der 8. Auf.

11) S. Thibaut Versuche. 1. B. S. 232.

12) Dennoch wird von Zimmern in der Geschichte des Röm. Rechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. S. 143. S. 523. f. behauptet, selbst die Geschwister könnten be-

6) auf die *Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 6.* wo Justinian sagt:

Si quis autem, cum legitimis liberis habeat, etiam naturales relinquat, eos ab intestato nihil plane habere volumus: sed sancimus, ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum, a bono viro aestimando alantur.

Allein auch diese Stelle beweist nichts. Denn wenn hier die ehelichen Kinder verpflichtet werden, ihre natürlichen Geschwister zu ernähren, so wird der Grund darin gesetzt, weil letztere ab intestato nichts erben sollen. Da nun der Vater seine natürlichen Kinder zu ernähren verbunden ist; so treten hier die ehelichen Kinder an die Stelle des Vaters, und sind also nicht als Geschwister, sondern als Erben desselben, zur Ernährung der natürlichen Geschwister verbunden. Das Gesetz gehört also gar nicht hierher. Man sieht dieses noch deutlicher daraus, weil solches, wenn auch keine ehelichen Kinder vorhanden sind, der Vater aber eine rechtmäßige Gattin hinterlassen hat, wegen welcher die natürlichen Kinder ebenfalls von der Erbfolge ihres Vaters ausgeschlossen sind, auch andere Erben desselben thun sollen. Es heißt:

Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, ut et illi a successoribus eius alantur.

Auch im canonischen Rechte findet sich darüber keine bestimmte Vorschrift. Man will zwar

nöthigten Falls zur Versorgung angehalten werden, obwohl die von ihm angeführten Gesetze eben diejenigen sind, welche bloß von den Pflichten des Vormundes handeln.

7) daß *Cap. 1. X. de cohabitatione Clericorum* hierher ziehen, welches in der Böhmerischen Ausgabe einem Mainzer Concilium vom J. 813 zugeschrieben wird, worin es heißt:

Inhibendum est, ut nullus sacerdos feminas; de quibus suspicio potest esse, (in domo sua) retineat: sed neque illas, quas canones concedunt, matrem, amitam, et sororem. — Sed si qua de his necessitatem habuerit: presbyteri habeant in vico aut in villa domum longe a sua conversatione: et ibi eis, quae sunt necessaria, subministrent.

Allein hier wird bloß den Geistlichen erlaubt, weibliche Verwandten, welche sie so wenig, als fremde Weibspersonen, bey sich haben sollen, bedürfendensfalls in einem von ihrer Wohnung entfernten Hause aus ihren Amtseinkünften den Lebensunterhalt zu geben; wie schon *Gonzalez Tellez* ¹³⁾ bemerkt hat. Von einer Verbindlichkeit der Geschwister ist keine Rede.

§. 1290. c.

Patronen und Freygelassene. Kirchenpatrone, können sie Alimente von der Kirche fordern können?

Zwischen Patronen und Freygelassenen hatte bey den Römern fast das nämliche Verhältniß, wie zwischen Eltern und Kindern, Statt. Der Patron ward als Vater des Freygelassenen angesehen ¹⁴⁾. Der Freygelassene nahm auch

13) *Commentar. in Decretales ad h. cap. Tom. III. pag. 63.*

14) *L. 9. D. de obsequiis parentib. et patronis prestand. ULP. libro LXVI. ad Edictum. Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privat. rechtè bis Justinian. 1. B. 2. Abth. S. 217. S. 789.*

den Namen des Patronus an ¹⁵), und gehörte zu dessen Familie ¹⁶) und gens ¹⁷), und weil er durch die Manumission gleichsam ein neues Daseyn erhalten hatte, oder, wie man zu sagen pflegte, ein novus homo geworden war; so konnte er auch von demselben Orte seine origo ableiten, aus welchem der Patron seine Abstammung hatte ¹⁸). Zwar konnten liberti in Rücksicht des Patronus und seiner Familie weder die iura suorum hereditum, noch agnationis, noch gentilitatis ansprechen ¹⁹). Denn sie waren nicht in väterlicher Gewalt, und konnten daher auch keine Agnaten haben ²⁰). Der Patron ward nur

15) L. 108. D. de condit. et demonstr. L. 9. C. de liberali causa. L. 94. D. de legat. III. PERSIUS Sat. V. v. 78. G. B. BRISSONII Antiquitat. ex iure civ. Selectar. Lib. I. cap. 11. pag. 25. et ad EUNDEM Alb. Diet. TRECKELL.

16) L. 195. §. 1. D. de Verb. Signif. L. 5. Cod. de Verbor Signif.

17) G. ALCIATUS Dispunction. Lib. IV. cap. 3. BRISSONIUS Antiquitat. Lib. II. Cap. 14. pag. 77. edit. Trekel. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 55. a. E. (der 8. Aufl.)

18) L. 6. §. ult. D. ad Municipalem. ULPIAN. libr. II. Opinion. Libertini originem patronorum, vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur. — L. 22. pr. D. eodem. Selbst der ex causa fideicommissi manumissus. L. 17. §. 8. D. eodem und L. 2. Cod. de Municipibus et Originar. (X. 38.) G. BRISSONIUS c. 1. pag. 78.

19) CICERO Topicar. cap. 6. u. de oratore Lib. I. cap. 39. G. TRECKELL ad Brisson. c. 1. Not. accepissent.

20) THEOPHILUS Paraphr. gr. Instit. Lib. I. Tit. 17. οἱ τοὶ δὲ ἐπεζούσιοι οὐκ εἰσὶν, ἐκ δουλείας ἐλευθερωθέν-

in Rücksicht des ihm in den XII Tafeln zugesagten Rechts auf den Intestatnachlaß des ohne *sui* verstorbenen libertus als ein Agnat desselben angesehen²¹⁾, und daher auch in dieser Eigenschaft von der Interpretation vermöge einer durch die Analogie vollkommen gerechtfertigten Fölgung, *ad similitudinem agnatorum*, zur Tutel gerufen²²⁾,. Allein darin war das Verhältniß zwischen dem Patron und seinem libertus, dem zwischen Vater und seinem Kinde ganz ähnlich, daß der libertus verpflichtet war, seinem Patron und dessen Familie Gehorsam und Achtung zu erweisen²³⁾; womit denn das Recht des Patrons auf einen Pflichttheil aus dem Nachlasse des libertus²⁴⁾, so wie auch der Anspruch des Patrons auf Alimentation in Verbindung stand, Hieraus erklärt sich nun,

τες, ὅτι γὰρ ἔχουσι τοὺς ἀνιόντας. — καὶ πᾶς ὁ μὴ ἔχων ἀνιόντας, ἔχειν δύναται τοὺς ἐκ πλαγίου. *Hi autem in patria potestate non sunt, ex servitute manumissi, non enim habent parentes. — Et quomodo, qui parentes non habet, habere potest propinquos a latere?* Auch *ULPIANUS Fragm. Tit. XII. §. 3.* sagt: *Libertinus nullo modo patri heres fieri potest, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.*

21) S. die Erbt. b. Lehre von der Intestaterbfolge. §. 195. und besonders Unterholzner über das patronatische Erbrecht, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. V. B. S. 31. ff.

22) *ULP. Fr. XI. §. 3. IDEM L. 1. pr. et L. 3. pr. D. de legitim. tutor. THEOPHILUS cit. loc.*

23) *Vid. tot. Tit. Pand. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. (XXXVII. 15.) et Tit. Cod. de obsequiis patrono praestandis. (VI. 6.)*

24) *Vid. Tit. J. de successione libertorum. (III. 7.)*

warum in unserm Titel auch von der Ernährung der Patronen gehandelt wird. Diese Pflicht des Libertus beschränkte sich aber nicht bloß auf die Person des Patronen; sondern erstreckte sich auch auf desselben Kinder und Eltern. Es lag auch diese Verbindlichkeit der Liberta ob, wie dieses alles aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 5. §. 18. h. t. *ULPIANUS libro III. de officio Consulis.* Solent iudices cognoscere et inter patronos et libertos, si de alimentis his agatur: itaque si negent, se esse libertos, cognoscere eos oportebit: quod si libertos esse constiterit, tunc demum decernere, ut alant. Nec tamen alimentum decretum tollet liberto facultatem, quo minus praeiudicio certare possit, si libertum se neget.

§. 19. Alimenta autem pro modo facultatum erunt praebenda, egentibus scilicet patronis: ceterum, si sit unde se exhibeant, cessabunt partes iudicis.

§. 20. Utrum autem tantum patroni alendi sint, an etiam patronorum liberi, tractari potest? et puto, causa cognita, iudices et *liberos quoque patronorum alendos* decernere: non quidem tam facile ut patronos, sed nonnumquam et ipsos: nam et obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere praestari.

§. 21. Sed et libertus maternus alere cogitur.

§. 22. Si quis a liberti liberti ali se desideret, vel ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit, quemque suis nummis redemit, non

debet audiri: ut et MARCELLUS scribit: exaeq uat que eum, qui mercedes exigendo ius libertorum amisit.

Der libertus liberti war nämlich gegen den Patron seines Manumissors zu besondern Leistungen nicht verpflichtet, mithin auch nicht zur Alimentation desselben ²⁵⁾. Eben so auch derjenige nicht, der die Freyheit ex causa fideicommissi erhalten hatte. Er war zwar libertus seines Manumissors, es mochte nun der Erbe selbst, oder ein Legatar seyn, dem der Testator den Auftrag zur Manumission gegeben hatte ²⁶⁾; allein der Manumissor konnte von einem solchen Libertus, wie das seit einem Rescript vom Hadrian entschiedener Grundsatz war ²⁷⁾, keine der sonst gewöhnlichen Verpflichtungen, also keine Dienste, keine Alimēte, keine dona noch munera, obwohl honorem patronis debitum, verlangen, wenn er sie nicht mit dem Bewußtseyn, daß er sie verweigern durfte, übernommen hatte ²⁸⁾. Nur in Bezug auf Succession in das Vermögen des libertus und Tutel war sein Patronatrecht unbeschränkt ²⁹⁾. Denn dieß sind vor-

25) S. Zimmermann Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 218. S. 800.

26) §. 2. J. de sing. rebus per fideicommiss. relicto. L. 7. C. de fideicommiss. libertat.

27) L. 7. §. 4. D. de operis libertor.

28) L. 47. D. de operis libertor. (XXXVIII. 1.) L. 9. D. de in ius voc. L. 2. L. 5. Cod. de operis libert. (Vh 3.)

29) L. 5. §. 1. D. de legitim. tutor. ULPIAN. lib. XXXVIII. ad Edictum. Ergo manumissor ex lege XII. tabularum tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit. L. 29.

züglich die Rechte, welche derjenige bezieht, der sich's gefallen lassen mußte, daß der Sklave frey sey, sofern nicht der Testator selbst das *plenum ius patroni* ihm vorbehalten haben wollte ²⁰). Eine gleiche Bewandniß hatte es mit einem solchen *Libertus*, quem quis suis nummis redemit. Eigentlich wird *suis nummis emtus* ein solcher Sklave genannt, zu dessen Ankauf derjenige, welcher sich als Käufer darstellte, kein eigenes Geld gegeben, sondern der gleich Anfangs mit der Absicht, daß er den Käufer, der also gar kein wahrer Käufer war, sondern nur zum Schein den Namen dazu hergab, nichts koste, war erworben worden ²¹). Ein solcher Sklave

pr. D. de bonis libertorum. MARCIANUS libro IX. Institutionum. Qui ex causa fideicommissi manumittitur, est quidem libertus manumissoris, et tam contra tabulas, quam ab intestato ad bona eius venire potest quasi patronus: sed operas ei imponere non potest, nec impositas ab eo petere. OIBLIUS ad GAII Institut. Lib. II. Tit. 7. §. 7. Not. 29. und 31. mern §. 263.

- 30) *L. 29. §. 1. D. de bonis libertorum. Sed si defunctus filio suo legavit servum, et rogavit, ut eum manumittat, ea mente, ut plenum ius patroni habeat: defendendum est, postea eum operas iure imponere.*
- 31) *L. 4. §. 1. D. de manumission. ULP. libro VI. Disputation. Et primo quidem nummis suis non proprie videtur emtus dici, cum suos nummos servus habere non possit. Verum conniventibus oculis credendum est, suis nummis eum redemptum, cum non nummis eius, qui eum redemit, comparatur. Proinde sive ex peculio, quod ad venditorem pertinet, sive ex adventitio lucro, sive etiam amici beneficio, vel liberalitate, vel prorogante eo, vel repromittente, vel se delegante, vel in se recipiente debitum redemptus sit;*

konnte vermöge einer *epistola Divorum Fratrum ad Urbium Maximum*, wie Ulpian ³²⁾ lehrt, seine Freylassung gerichtlich erzwingen. Denn es war im Grunde nur ein imaginärer, nicht sowohl den Erwerb, als die Freyheit des Sklaven bezweckender Kauf ³³⁾. Ein solcher Libertus war also auch dem Patron zu nichts verbunden, weil er ihm nichts zu danken hatte ³⁴⁾. Ganz von diesem verschieden war derjenige Sklave, welcher von seinem Herrn gegen Empfang einer Summe Geld war freigelassen worden. Gegen diesen behielt der Manumissor alle Patronatrechte ³⁵⁾. Denn da es doch von ihm ab-

credendum est, suis nummis eum redemptum: satis est enim, quod is, qui emptioni suum nomen accommodaverit, nihil de suo impendit. §. 2. Si ab ignoto emtus sit, postea autem pretium suum obtulerit, dicendum erit, non esse audiendum: ab initio enim hoc agi debet, ut IMAGINARIA fieret EMPTIO, et per fidem contractus inter emptorem et servum agatur.

32) L. 4. pr. D. de Manumiss. Ulp. eod. Is, qui suis nummis emitur, epistola Divorum fratrum ad Urbium Maximum in eam conditionem redigitur, ut libertatem adipiscatur. Add. L. 5. pr. L. 19. in fin. D. eodem.

33) L. 4. §. 2. et 7. D. eodem.

34) L. 8. C. de operis libertor. (VI. 3.) L. 1. Cod. de bonis libertor. (VI. 4.)

35) L. 1. C. cit. Imp. SEVERUS et ANTONINUS. Multum interest, utrum quis suis nummis emtus ac manumissus sit ab emptore, an a domino suo data pecunia mereatur libertatem. Priore enim casu ad bona eius contra tabulas admitti patronum non placet: posteriore vero omnia iura patronatus retinet. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 217. S. 792 und 793.

hing, ob er für das ihm angebotene Geld den Sklaven manumittiren wollte, so hatte ihm der Libertus doch insofern seine Freyheit zu verdanken. *Etiamsi non gratuitum*, sagt Marcellus ³⁶⁾, *beneficium tamen praestitit*. Weil aber der Herr, wenn er einmal das Geld angenommen hatte, dem Sklaven eben so wie demjenigen, qui suis nummis redemptus est, die Freyheit zu geben gerichtlich genöthiget werden konnte; so war ihm der Manumissus eben so wenig wie der, welcher ex causa fideicommissi die Freyheit erhalten hatte, zu den sonst gewöhnlichen Leistungen verpflichtet, also nicht zu operae, alimenta, u. d. wohl aber war er zur verecundia obsequii, und honor patronis debitus gehalten ³⁷⁾. Einem Patron, der einen Sklaven manumittirte, quem suis nummis redemit, setzt Marcellus in unserm §. 22. denjenigen gleich, qui mercedes exigendo ius libertorum amisit. Wer bey der Freylassung sich zur Vergeltung der ertheilten Freyheit Dienste vorbehielt, und solche entweder wirklich forderte, oder auch nur dadurch geltend machte, daß er sich dieselben ablaufen ließ, verlor als Patron nicht nur die partis honorum possessio, wenn der Libertus ein Testament machte, sondern auch sein Recht auf Intestaterbfolge ³⁸⁾. Der Patron hatte jedoch zwischen beyden die Wahl ³⁹⁾. Ein

36) L. 3. D. de obsequiis parentib. et patronis praestand.

37) L. 2. L. 3. Cod. de operis libertorum. L. 9. et 10. D. de in ius vocando.

38) L. 37. pr. D. de bonis libertor. L. 4. Cod. de operis libertor. L. 7. pr. Cod. Theod. de testam. (IV. 4.) L. 2. Cod. Just. de Bon. poss. contra tabb. liberti. (VI. 13.)

39) L. 20. Dig. de iure patronat. L. 2. C. de B. P. contra tabb. lib.

solcher libertus aber, dem dieses Versprechen *onerandae libertatis causa* war abgenommen worden, erlangte dadurch *liberam testamentifactionem* ⁴⁰⁾ d. h. er brauchte nicht mehr die *partis bonorum possessio* gegen sein Testament zu fürchten ⁴¹⁾, und war dann auch frey von der Alimentationspflicht, obwohl dem Patron zum Obsequium verbunden ⁴²⁾. Hatte sich der Patron bey der Manumission nicht Dienste, sondern statt der *operarum* eine Geldabgabe (*merces, pretium*) versprechen lassen, so war ein solches Versprechen nach der *Lex Aelia Sentia* ungültig ⁴³⁾. Wenn nun diese Abgabe dennoch war entrichtet worden, so gingen die *iura patronatus*, und auch insonderheit das Successionsrecht des Patrons verloren ⁴⁴⁾. Nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus ⁴⁵⁾ konnte jedoch der Patron, statt der

40) L. 41. D. de operis libertor. L. 4. Cod. eodem.

41) L. 2. C. de bon. poss. contra tabulas liberti.

42) L. 41. D. de operis libertor. S. Jac. CUSACII Commentar. in libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L. (*Oper. postum a FABRO editor. Tom. I. p. 120 sq.*)

43) L. ult. §. 1. D. Qui et a quibus manumissi. S. HENZELII Antiquitat. Rom. iurispr. Illustrat. Syntagm. Lib. I. Tit. 6. §. 12. Cap. XL. L. Ael. Sent. pag. 108. (edit. Haubold.) Das Versprechen einer Alternatibe, Dienste oder Geld, war dem Gesetz nicht entgegen. L. 6. §. 1. D. de iure patronat. L. ult. §. 2. D. Qui et a quibus manumissi.

44) L. 32. D. de operis libertor. L. 3. §. 4. D. de bonis libertor. S. Unterholzner über das patronatische Erbrecht, in der Zeitschr. B. 5. S. 101 f. und Zimmermann Geschichte 1. B. 2. Abth. §. 218.

45) L. 1. Cod. de operis libertor. Si tempore manumissionis operae tibi impositae sunt: scis te eas prae-

bey der Manumission ihm versprochenen Dienste, die Restitution fordern, wenn er sie wegen seiner Armut zu Alimentern nöthig hatte.

Noch sind folgende Geschstellen in unserer L. 5. h. t. übrig, die von der Alimentationspflicht der Freigelassenen gegen ihre Patronen handeln.

§. 25. Sed et liberta cogitur patronum alere.

§. 25. De alimentis patroni arbiter solet dari, arbitraturus: quantum sit in facultatibus: ut perinde possint alimenta moderari: quae tam diu praestabuntur, quamdiu liberto supersit, patrono desit.

§. 26. Patrem et matrem patroni, cum patronus et filii eius minime supersint; alete egen-tes ⁴⁶⁾, ipsi si idonei facultatibus sunt, coguntur.

stare debere. Solet autem inter patronos et liberos convenire, ut pro operis aliquid praestetur: licet pretium peti non possit, nisi quando propter inopiam pro alimentis id extra ordinem peti necessitas suaserit: cum etiam operae non erant impositae, defectis tamen facultatibus patroni, eum alere cogebatur.

- 46) Die Lesart ist hier verschieden. Haloander hat statt egen-tes, *liberti ipsi*, und schließt die Worte: *si idonei facultatibus sint*, in Klammern ein. Eben so Lud. MIRAEUS. Andere lesen: *egen-tes ipsi liberti*, (*si idonei facultatibus sint*) *coguntur*; z. B. BAUDOZA CESTIVS, Guil. MERLINUS, SIMON VAN LEEUWEN, und eben so Jo. Lud. Guil. BECK, nur daß er nach *egen-tes* ein Komma macht. In der göttingischen Ausgabe ist nach *egen-tes ipsi*, das Komma gemacht. Allein dieß ist eine offenbar unrichtige Interpunction. Bey TAURELLIVS steht das Komma nach *egen-tes*, ihm folgen auch Rus-

L. 9. h. t. PAULUS libro singulari de iure patronatus. In bonis superstitum libertorum nullum omnino ius patroni liberive patronorum habent: nisi si tam esse se infirmos, tamque pauperes praesidibus probaverint, ut merito menstruis alimentis a libertis suis adiuvari debeant. Idque ius ita plurimis Principum constitutionibus manifestatur.

Konnte der Freygelassene sich selbst nicht ernähren, so war zwar der Patron dazu verpflichtet, weil er ihn in Stand setzen mußte, die libertatis causa imposita zu erfüllen⁴⁷⁾. Dennoch konnte der Patron zur Alimentirung seines Libertus nicht gezwungen werden; sondern versagte ihm der Patron die Alimente, so verlor letzter nach Vorschrift der *Lex Aelia Sentia* das Recht auf Dienstleistung des Freygelassenen, so wie auf des selben Nachlaß, sofern er nicht etwa doch von dem Libertus zum Erben war eingesetzt worden⁴⁸⁾, und nach einem Rescript des Kaisers Alexander verlor er das ganze Patronatrecht⁴⁹⁾. Hierher gehört nun noch

SARD, CHARONDAS, PACIUS, und HUCO a PORTA; und dieß ist unstreutig die richtigere Lesart.

47) L. 18. L. 20. pr. L. 21. L. 33. L. 50. D. de operis libertor.

48) L. 33. D. de bonis libertor. MODESTINUS libro sing. de Manumissionibus. Si patronus non aluerit libertum, *lex Aelia Sentia* admittit eius libertatis causa imposita, tam ei, quam ipsi, ad quem ea res pertinet: item hereditatem ipsi, et liberis eius, nisi heres institutus sit: et honorum possessionem, praeterquam secundum tabulas. Vergl. noch L. 20. pr. D. de operis libertor. und HAINECCI Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant, Synt. Lib. I. Tit. 6. §. 12. Cap. XV. Leg. Ael. Sentent. pag. 110. edit. Haubold.

L. 6. D. h. t. *MODESTINUS libro singulari de Manumissionibus.* Alimenta, liberto petente non praestando, patronus amissione libertatis causa impositorum, et hereditatis liberti punietur: non autem necesse habebit praestare, etiam si potest.

* * *

Bey Gelegenheit der römischen Patronen kommt Hellfeld auf die von jenen ganz verschiedenen Kirchenpatronen. Man sagt, nach Aehnlichkeit des römischen Patronus solle die reiche Kirche den verarmten Patron ernähren⁵⁰⁾. In Gratians Decret *Can. 29. Caus. XVI. Qu. 7.* heißt es:

Si vero fundatores ecclesiarum ad inopiam vergere coeperint, ab eisdem ecclesiis temporalis vitae suffragia percipiant.

49) L. 5. §. 1. *D. de iure patronat. MARCIANUS libro V. Institutionum.* Imperatoris nostri rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, ius patroni perdat. S. WESTENBERG Princip. iuris secund. ord. Dig. h. l. §. 28. und Stammers Geschichte des R. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 218. S. 800. Daß unter dem Imperator noster sehr audeter zu betsehen sey, als der R. Alexander Severus, hat Ant. QUINTANADURGA de iuridict. et imperio Lib. I. Tit. 10. nr. 13 et 14. (in Th. Meerman. Tom. II. pag. 256.) gezeigt. Man sehe auch Ger. OELRICHS Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis Aelii Marciani Icti. (Traj. ad Rhen. 1754.) Cap. III. §. 6.

50) S. Jo. D'AVEZAN Diss. de patronatu iuris pontificii Cap. VI. (in Th. Meerman. Tom. IV. pag. 365.) und Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 569.

Diese Worte sind in den gemeinen Ausgaben des *Corp. iur. canon.* mit einem Text verbunden, der in der Ueberschrift dem Pabst Leo IV. zugeeignet wird, mit diesem aber gar keinen Zusammenhang haben. Mit Recht hat daher schon Franz Florens²²⁾ bemerkt, daß dieses die eigenen Worte Gratian's sind, wie auch die Glosse nicht undeutlich zu erkennen giebt. Car. Schast. Berardi²³⁾ hat dieses noch aus andern Gründen erwiesen. Der eigentlich hierher gehörige Canon ist der folgende *can. 30.* wodurch Gratian seinen Satz bestärkt. In den gemeinen Ausgaben des Decrets lautet er so. Unde in *Concilio Toletano quarto c. 37.* legitur (anno 633. in *Hispania.* Concil. Tom. III. pag. 588. nach Böhmers Ausgabe).

Quicumque fidelium devotione propria de facultatibus suis Ecclesiae aliquid contulerint, si forte ipsi, aut filii eorum redacti fuerint ad inopiam, ab eadem ecclesia suffragium vitae pro temporis usu percipiant.

Betrachten wir diesen Canon, von dem uns Gratian hier nur ein Fragment geliefert hat, im Zusammenhange, so war es eigentlich nicht die Meinung der Väter des Toletanischen Conciliums, den Kirchenpatronen hier vorzugsweise und aus besonderer Begünstigung das Recht zu ertheilen, daß sie im Falle der Verarmung ihren Unterhalt aus den Einkünften der Kirchengüter sollten verlangen können. Es sollen vielmehr diese Wohlthat alle

51) Oper. cura Ign. Christoph. Lorber a Storchchen edit. Tom. II. pag. 121.

52) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, corrupti ad emendationum Codicum fidem exacti etc. P. II. Tom. II. Cap. 72. pag. 205. edit. Venet.

Amen zu genießen haben. Sie folgern nur daraus, daß es um so mehr diejenigen als ein Recht aussprechen können, welche zur Kirche aus ihrem Vermögen etwas hergetragen haben⁵³⁾. Der Canon selbst lautet in dem Zusammenhang, aus welchem er gerissen ist, wie folgt⁵⁴⁾.

Praebendum est a Sacerdotibus vitae solatium indigentibus, et maxime his, quibus restituenda vicissitudo est. *Quicumque ergo fidelium de facultatibus suis Ecclesiae aliquid devotione propria contulerunt, si forte ipsi, aut filii eorum reducti fuerint ad inopiam, ab eadem Ecclesia suffragium vitae*⁵⁵⁾ pro temporis usu percipiant. Si enim Clericis, vel Monachis, seu peregrinis, aut quamlibet necessitatem sustinentibus pro solo religionis intuitu in usum res ecclesiasticae largiuntur, quanto magis his consulendum est, quibus retributio iusta debetur.

Hier erscheint also das Alimentationsrecht der Kirchenpatrone nur in sofern als ein Privilegium, daß unter den Hilfsbedürftigen vorzüglich auf verarmte Kirchenpatrone Rücksicht genommen werden soll, um Wohlthaten

53) S. BERARDUS c. l. P. I. Cap. 17. ad can. cit. 30. p. 190.

54) S. HARDUINI Concil. Tom. III. pag. 587.

55) Der Ausdruck *suffragium vitae* bedeutet hier so viel als Lebensunterhalt. Er kommt in dieser Bedeutung auch im *Concilio Toletano II. can. 3.* vor. S. *Car. du FRESNE* Glossar. ad Scriptor. mediae et infimae Latinitat. Tom. II. P. III. Voc. *Suffragium*, und *Jo. DARTIS* Commentar. in Decretum Gratiani P. II. ad CAUS. XVI. Qu. 7. c. 29 et 30. (*Oper. canonicor. Paris 1656. f. P. I. pag. 319.*)

mit Wohlthaten zu vergelten ⁵⁶⁾. Erst in der Folge erklärte man den toletanischen Canon einschränkend bloß von Kirchenpatronen, so wie ihn auch hier Gratian genommen hat ⁵⁷⁾. Diese Erklärung bestätigte Pabst Clemens III. in dem Cap. 25. X. *de iure patronatus*, wo er die Vorrechte der Kirchenpatronen bestimmt, und unter andern anführt:

Pro fundatione quoque Ecclesiae honor processionis. fundatori servatur: et, si ad inopiam vergat, ab Ecclesia illi modeste succurritur, sicut in sacris est canonibus institutum.

Das Alimentationsrecht steht also dem Patron in Rücksicht der, durch die Fundation, der Kirche erzeugten Wohlthat zu, und erstreckt sich auf Frau und Kinder desselben. Ob es aber auch den Erben, und solchen Patronen zustehet, welche ihr Patronatrecht nicht durch Fundation, noch durch Abstammung von dem Fundator, sondern auf andere Art erworben haben, ist streitig. Einige ⁵⁸⁾ halten sich streng an die Worte der Gesetze, und wollen es nur dem Stifter und seinen Descendenten gestatten. Andere ⁵⁹⁾ hingegen behaupten richtiger, daß dieses Recht, seitdem das Patronatrecht erblich geworden, allen denjenigen zu-

56) G. BERARDUS c. l. pag. 190.

57) G. FLORENS c. l. pag. 121. *Just. Henn. BOEHMER Jur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. III. Tit. 38. §. 18 et 141. und Jo. Sal. BRUNQUELL Diss. de utilibus patronorum iuribus. §. 45. (in Opuscul. ab Henr. Jo. Ott. KOENIG edit. Halae 1774. 8. Nr. XXVI. pag. 906.)*

58) LEURENIUS forum beneficial. P. II. Quaest. 106. BRUNQUELL Diss. cit. §. 48. not. f. et §. 54.

59) *Car. Sebast. BERARDI Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. II. Diss. IV. Cap. 7. §. 122. (edit. venetian.)*

stehen müsse, welche in die Rechte des Stifters der Kirche eingetreten sind. Hiermit widerlegt sich denn auch die Meinung derjenigen ⁶⁰⁾, welche behaupten, das Alimentationsrecht des Patrons sey ganz persönlich, und verbleibe dem Stifter der Kirche, so wie den Descendenten desselben, wenn auch gleich das Patronatrecht einem Andern wäre übertragen worden. Rein, nur dann, wenn er sich seines Präsentationsrechts zu Gunsten der Kirche begeben, und sie dadurch zu einer freien Kirche gemacht hat, verbleibt ihm das Alimentationsrecht ⁶¹⁾. Will jedoch der Kirchenpatron dieses Recht geltend machen, so muß er darthun, daß er ohne seine Schuld verarmt, und ihm sonst keine andere Hilfsquelle übrig sey ⁶²⁾. Es wird ferner vorausgesetzt, daß die Kirche zuvor ihre eigenen Bedürfnisse bestritten habe, um von dem, was Uebrig ist, dem Patron die Alimente zu reichen ⁶³⁾. Da dieses selten der Fall ist, so wird auch gewiß der Fall zu den seltensten gehören, wo der Patron von der Kirche unterhalten wird. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß dem Patron

60) *Franc. de FARGNA Comment. de iure Patronatus Tom. II. fol. 298. nr. 10. Zeg. Bern. van EEPEN Juris eccles. univers. P. II. Sect. III. Tit. VII. Cap. 6. §. 8. (Oper. Tom. III. pag. 76. edit. Gibert.) PRHEM Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 271. und BRUNQUELL cit. Diss. §. 48.*

61) *BERARDUS c. 1. pag. 123.*

62) *BERARDUS c. 1. BRUNQUELL Diss. cit. §. 52. et 54.*

63) *Ant. SCHMIDT Institution. iuris eccles. German. Tom. II. §. 62. BRUNQUELL Diss. cit. §. 50. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 224. S. 427.*

nicht bloß natürlicher, sondern standesmäßiger Unterhalt gebührt ⁶⁴).

§. 1290. d.

Öffentliche Armen-Anstalten, insonderheit bey den Römern. Alimentarii. Leges alimentariae. Tabula Trajana.

Ist Niemand vorhanden, der sich der Unterhalts-Bedürftigen anzunehmen rechtlich verbunden ist, auch Niemand, der sich aus Mitleid und Nächsten-Liebe derselben annimmt; so müssen sie aus der öffentlichen Armen-Casse, oder von der Gemeinde, zu welcher sie gehören, oder in solchen öffentlichen Anstalten versorgt werden, die vom Staate zur Unterhaltung der Armen und Hülfsbedürftigen gestiftet worden sind. Zu diesem Zweck dienen die Armen- und Wittwen-Häuser, die Findel- und Waisenhäuser, die Hospitäler und Kranken-Häuser, dergleichen überall in Deutschland befindlich sind ⁶⁵).

Auch bey den Römern gab es öffentliche Armen-Anstalten. Es gab 1) Versorgungs-Anstalten für arme Waisenkinder, welche aus kaiserlichen Stiftungen erzogen und unterhalten wurden. Solche Staats-Zöglinge, Knaben und Mädchen, hießen *Alimentarii* ⁶⁶). Derselben ge-

64) G. VAN ESPEN c. l. §. 7. (*Opp.* Tom. III. pag. 76.) und Jo. D'AVEZAN Diss. cit. de iure patronat. Cap. 6. (*in Th. Meerman.* Tom. IV. pag. 365.)

65) G. LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Specim. 324. BERNEGGER *Diss. de alimentis, eorumque computatione in detrahenda Q. Falcidia.* *Aldorsii* 1720. Cap. II. §. 8. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. B. Erst. XXIV.

66) G. Phil. RUBENIUS *Elector.* Lib. II. cap. 36. Jo. Erh. HAPP *Progr. de Alimentariis.* *Lipsiae* 1735. beson-

denkt nicht nur Capitolinus⁶⁷⁾, sondern ihrer wird auch in den Inscriptionen bey Reinesius⁶⁸⁾ gedacht. Kaiser Nerva war der erste, welcher eine solche Stiftung für Knaben und Mädchen armer Eltern machte⁶⁹⁾. Auf einer Inscription bey Reinesius⁷⁰⁾ kommen die *puellae DIVI NERVAE* mit ihrem Vorgesetzten, dem *Quaestor alimentorum*, vor. Seinem Beyspiele folgte der noch viel gütigere Kaiser Trajan. Zu seinem Lobe sagt Plinius⁷¹⁾: *Et quamquam laetissimum oculis tuis esset, conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen, antequam te viderent adirentve, recipi, incidi iussisti, ut iam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur: crescerent de tuo, qui crescerent tibi, alimentisque tuis ad stipendia tua pervenirent, tantumque omnes uni tibi, quantum parentibus suis quisque deberet.* Von der Sorge dieses Kaisers für die Armen rühmt ferner Plinius⁷²⁾: *Paulo minus, Patres Conscripti, quinque millia ingenuorum fuerunt, quae liberalitas Principis nostri con-*

bet's Chr. Henr. PAUFLER Specim. I. et II. de pueris puellisque alimentariis, *Dresdae* 1809 et 1810. 4.

67) *In vita Antonini Pii.* Cap. 8.

68) *Inscription.* Class. VI. nr. 24.

69) *AUREL. VICTOR Epitom. de Caesaribus.* Cap. 12. *Puellas puerosque, natos parentibus egestosis, sumtu publico per Italiae oppida ali iussit.* S. *Trotz de Memoria propagata.* Lib. I. Cap. 3. pag. 224.

70) *L. cit.*

71) *Panegyric.* Cap. 26.

72) *Panegyric.* Cap. 28.

quisivit, invenit, adscivit. Hi subsidium bellorum, ornamentum pacis, publicis sumptibus aluntur; patriamque, non ut patriam tantum, verum ut altricem amare discunt. Diese Wohlthätigkeit Trajans ist auch von den Alten sowohl auf Steinschriften⁷³⁾, als auf eigenen darauf geprägten Münzen⁷⁴⁾ gepriesen worden. Die Inscriptionen auf Stein nennen diese Zöglinge Trajans nach seinem Vornamen ULPIANI. Man hat auch von diesem Trajan eine metallene Tafel, welche im Jahre 1747. zu Mazinesso im Piazenzischen unter den Ruinen der Stadt Belleja aufgefunden worden, und unter dem Namen *tabula alimentaria*, oder *tabula Trajana* bekannt ist. Sie enthält ein vom Kr. Trajan bestätigtes Verzeichniß der für eine zur Alimentation mehrerer hundert armer Kinder hergeschöpfene Summe von einer Million Sesterzen (gegen 70,000 Thaler) verpfändeten Grundstücke, weshalb sich die Inschrift selbst *Obligatio praediorum* nennt⁷⁵⁾. Daß sich diese Wohl

73) S. Thom. REINESIUS cit. loc. TROTZ cit. loc. RUBENIUS c. 1.

74) Laur. PATAROLIUS und Christ. Gottl. SCHWARZ haben diese Münzen ihren trefflichen Ausgaben von des PLINII Panegyricus Tab. I. Nr. 8. et 9. beygefügt.

75) Sie wurde zuerst im Jahr 1749 von Muratori edirt und erläutert. Dann von Maffei, dann von Terrasfon, ausführlicher noch von Pittarelli Tarini 1790. 4. S. Hugo Eiblisß. Magazin 2. B. S. 452. und Christ. Gottl. HAUBOLD Institutiones iuris Rom. litterariae Tom. I. (Lips. 1809.) §. 107. Nr. V. pag. 291. sq. Folgende Schriften sind hier noch merkwürdig. STIEGLITZ Progr. de usu et praestantia tabulae Trajanae in iure Rom. Altdorfii 1757. 4. Fried. Aug. Wolf von einer milden Stiftung Trajans, vorzüglich nach In-

thätigkeits-Anstalt über einen großen Theil von Ober-Italien erstreckt habe, läßt sich schon daraus abnehmen, weil auf den, dem Trajan zu Ehren, geprägten Münzen, diese Staatszöglinge *Alimentarii Italiae* genannt werden. Es beweist dieses auch eine Stelle aus Euphilinus⁷⁶⁾, welcher vom Trajan sagt: *Civitatibus Italiae multa largitus est ad educationem liberorum, in quos magna beneficia contulit.* Joseph Pittarelli⁷⁷⁾ hat dieses noch aus mehreren geographischen Notizen erwiesen. Der Kaiser Hadrian begünstigte diese Stiftung noch mehr⁷⁸⁾,

schriften, nebst der lateinischen Stiftungsurkunde. Berlin 1808. 8. Hegewisch über die glückliche Epoche in der Römischen Geschichte. S. 151. ff. besonders *Tavola alimentaria Velejate, detta Trajana, restituita alla sua vera lezione, da Pietro de LAMA, Prefetto del Ducale Museo, con alcune osservazioni del medesimo. Parma 1819. 4.* und *Ern. SPANGENBERG Juris Rom. tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites. (Lipsiae 1822. 8.) Nr. VII. pag. 307 — 311.*

76) *Excerpta Lib. LXVIII.*

77) *Della celebratissima tavola alimentaria di Trajano. Turin. 1790. 4.*

78) *Ael. SPARTIANUS in Adriano Imp. Cap. 7. Pueris ac puellis, quibus etiam Trajanus alimenta detulerat, incrementum liberalitatis adiecit.* Dieses incrementum liberalitatis bestand nicht sowohl in einer Vermehrung der Anzahl dieser Staatszöglinge, sondern entweder in Erweiterung des Alters, bis zu welchem sie die Wohlthat der Alimentation zu genießen haben sollten, wie *Em. MERRILLIUS Observation. Lib. III. Cap. 29.* und *Jos. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. V. Cap. 9. nr. 3.* gezeigt haben; oder das incrementum bestand darin, daß die alimentarii, außer ihrem gewöhnlichen

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 271

indem er zugleich das Gesetz gab, daß die Knaben bis zum achtzehnten, die Mädchen aber bis zum vierzehnten Jahre diese Wohlthat der Alimentation zu genießen haben sollten⁷⁹⁾. Diese Anstalt dauerte unter Antoninus Pius fort, welcher, wie sein Biograph Julius Capitolinus⁸⁰⁾ erzählt, die von ihm angenommenen puellae alimentariae, seiner Gemahlin Faustina zu Ehren,

Unterhalt, auch noch zu gewissen Zeiten, z. B. an gewissen Festen, etwas ausserordentliches, z. B. eine Portion Wein oder sonst Etwas ausgetheilt bekamen, wie Ev. Orto de Aedilibus Coloniae et Municipior. Cap. VIII. §. 5. pag. 294. aus einer alten Inschrift von Stein bey GRUTERUS Inscription. pag. 461. geschlossen hat.

79) *L. 14. D. de aliment. legat. (XXXIV. 1.)* Si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi: sciat HADRIANUM constituisse, ut PUERI usque ad *decimum octavum*, PUELLAE usque ad *quartum decimum annum* alantur. Vermuthlich erhielten die Alimentarii nach der Stiftung Trajans den Unterhalt nur bis zur Pubertät. Diese bestand bey den Mädchen in einem Alter von zwölf, bey den Knaben aber in einem Alter von vierzehn Jahren. Diesen Terminus ad quem erweiterte hier Hadrian zu Gunsten der Alimentariorum. S. Trotz de Memor. propag. pag. 225. *Andr. Guil. CRAMER Comm. de pubertatis termino ex disciplina Romanor. Hilon. 1804. pag. 19—29. und Jo. Lud. Guil. BECK Observationes de Romanor. disciplina medica ad illustranda vett. Scriptor. et iuris civ. loca. (Lipsiae 1809.) Cap. VIII. §. 4. et not. 3.*

80) *In vita Antonii Pii. Cap. 8.* Es finden sich auch zwey Inschriften auf Stein bey ROEBNIUS l. c. Denkmäler, dem Divus Antoninus von seinen dankbaren pueris et puellis alimentariis geweiht.

Faustinianae nennen ließ⁸¹⁾. Sein Nachfolger Marcus Antoninus, mit dem Beynamen *Philosophus*, vermehrte die Zahl der Staatszöglinge, und nannte die Mädchen, seiner verstorbenen Gemahlin, Anna Faustina, zu Ehren, *Novae puellae Faustinianae*⁸²⁾. Der Kai-

81) Diese *alimentariae Faustinianae* kommen auch auf Münzen vor bey RUBENIUS l. c. und Ez. SPANHEMIUS de usu et praestantia numismat. Diss. XI. pag. 289. et pag. 544.

82) JULIUS CAPITOLINUS in *M. Antonino Philosopho*. Cap. 26. *NOVAS puellas FAUSTINIANAS instituit in honorem uxoris mortuae. An einem andern Orte Cap. 7. sagt CAPITOLIN. M. Antoninus habe mit seinem Bruder, dem L. Aurelius Verus Commodus, den er zum Mitregenten angenommen, pueros et puellas novorum hominum frumentariae perceptioni adscribi*, befohlen. Jos. AVERANIUS Interpret. iuris c. l. nr. 4. erklärt die *pueri et puellae novorum hominum* von solchen Alimentarien, zu deren Ernährung und Erziehung die Eltern, welche hier *novi homines* darum genennt würden, weil sie in das Verzeichniß noch nicht eingeschrieben waren, bey der öffentlichen Getreide-Vertheilung eine Anweisung vom Staate erhalten hatten. Mehrere halten jedoch die Lesart für fehlerhaft. SALMASIUS will *novorum nominum* lesen, und versteht darunter solche *alimentarii, quorum nomina iis, qui iam inter alimentarios a TRAIANO constitutos erant, adscribebantur*. Allein offenbar ist hier nicht von den Alimentarien die Rede, sondern von der largitione frumentaria, wobon ich nachher handeln werde. Weil man dabey auf ein gewisses Alter sahe, welches diesenigen erreicht haben mußten, welche an der largitio Antheil nahmen, wie aus SUTTONIUS in *Augusto* Cap. 41. erhellet: wo vom August gesagt wird: *Congiaria populo frequenter*

fer Alexander Severus nahm gleichfalls neue Staats-
Alimentarien an, und gab ihnen den Namen puellae
Mammaeanae, pueri Mammaeani, wie Aelius Lam-
pridius ⁸³⁾ erzählt; er rescribte zugleich, daß es in
Ansehung der Zeit der Alimentation bey der vom Ha-
drian gemachten Bestimmung verbleiben solle ⁸⁴⁾. Die
Vorsteher dieser Erziehungs- und Alimentations-Anstalt
wurden Quaestores alimentorum ⁸⁵⁾, oder Quaestores
pecuniae alimentariae, auch Quaestores arcae
publicae et pecuniae alimentariae ⁸⁶⁾; ferner Quae-

dedit: — ac ne minores quidem pueros praeteriit,
quamvis non nisi ab undecimo aetatis anno accipere
consuessent; so meint Lirsius Elector. I. 8. daß pue-
ros et puellas novem annorum gelesen werden müsse.
Sobiel ist gemäß, daß bey den Alimentariis kein gewis-
ses Alter erfordert wurde, um unter dieselben aufge-
nommen zu werden, wie aus der oben angeführten
Stelle des PLINIUS in Panegyrico Cap. 26. erhellet,
wo er von des Krs. Trajan Stiftung für arme Kin-
der sagt: Et quamvis laetissimum oculis tuis esset,
conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen,
antequam te viderent adirentve, recipi, incidi iussi-
sti, ut iam inde ab infantia parentem publicum mu-
nere educationis experirentur.

83) In *Alexandro Severo*. Cap. 56. in fin. Puellas et
pueros, quemadmodum ANTONINUS Faustianas in-
stituerat, Mammaeanas et Mammaeanos instituit.

84) *L. 14. §. 1. D. de aliment. legat.* et hanc formam, ab
HADRIANO datam, observandam esse, IMPERATOR NOSTER
rescripsit. Vergleiche die Not. 49. S. 267.

85) *S. DONII Inscription.* ab *Ant. Franc. GORIO* publicat.
Nr. XVII. fol. 164.

86) *S. REINSEII Inscript.* pag 406.

stores arcarii 87), Quaestores Reipublicae et alimentorum 88) und Aediles alimentarii 89) genannt. Diese Staatserziehungsanstalten und kaiserliche Stiftungen für arme Kinder wurden jedoch in der Folge vernachlässiget, und endlich ganz aufgehoben 90). Daher geschah es häufig, daß Eltern ihre Kinder aus Noth, weil sie solche wegen Armuth nicht ernähren konnten, verkauften, oder verpfändeten, oder aussetzten, oder wohl gar tödteten. Um dieses zu verhüten, verordnete zwar der Kaiser Constantin der Große, daß solchen armen Eltern die Nahrung und Kleidung für ihre Kinder, ohne Unterschied aus dem kaiserlichen Fiscus, wie aus seinem Privat-Vermögen, gereicht werden sollte. Er machte deswegen zwey besondere Verordnungen bekannt. Die eine für Italien. Es ist die

L. 1. Cod. Theod. De alimentis, quae inopes parentes de publico petere debent. Imp. CONSTANTINUS A. ad Ablavium 91). Aereis tabulis, vel cerussatis, aut linteis mappis scripta per omnes civitates Italiae proponatur Lex, quae parentum manus a parricidio arceat, votumque vertat in

87) Jac. GUTHRIUS de officiis domus Augustae. Lib. III. Cap. 32. pag. 691.

88) Reinesius c. 1.

89) TURNEBUS Adversarior. Lib. XI. cap. 10.

90) So erzählt JULIUS CAPITOLINUS vom Kaiser Pertinax in *Eius vita* Cap. 9. Alimentaria etiam compendia, quae novem annorum ex instituto TRAJANI debebantur, obdurata verecundia sustulit.

91) ABLAVIUS war Vicarius Praefecti Praetorio Italiae. S. Jac. GOZHOFFREDI Not. h. et o. ad h. L.

melius: officiumque tuum hæc cura perstringat, ut si quis parens adferat sobolem, quam pro paupertate educare non possit, nec in alimentis, nec in veste impertienda tardetur, *cum educatio nascentis infantiae moras ferre non possit* 92). Ad quam rem et fiscum nostrum, et rem privatam indiscreta iussimus præbere obsequia. Dat. Naisso 93)
 CONSTANTINO A. IV. et LICINIO IV. AA. Coss. 315.

Die andere für Afrika, nämlich die *L. s. eodem.*

IDEM A. Menandro 94). Provinciales, egestate victus atque alimentiae inopia laborantes, liberos suos, vendere, vel oppignorare cognovimus. Quisquis igitur huiusmodi reperietur, qui nulla rei familiaris substantia fultus est, quique liberos suos aegre ac difficile sustentet, per fiscum nostrum, antequam fiat calamitati obnoxius, adiuvetur: ita ut Proconsules, Praesidesque, et Rationales *per universam Africam* habeant potestatem, et universis, quos adverterint, in egestate miserabili constitutos, stipem necessariam largiantur: atque ex horreis substantiam protinus tribuant competentem. *Abhorret enim nostris mo-*

92) Diese Verordnung scheint auf Anrathen des LACTANTIUS, welcher bey den Söhnen des Kaisers CONSTANTINUS Lehrer war, gegeben zu seyn, wie sich aus der Keckheit und Vergleichung mit *Lib. VI. Divinarum Institutionum Cap. 20.* schließen läßt. S. JAC. GOTHOFREDI Commentar. ad h. L. 1. Lib. XI. Tit. 27. *Cod. Theod.* Tom. IV. pag. 199.

93) Naisus in Dacten. S. GOTHOFREDUS c. 1.

94) MENANDER war Praef. Praetorio Italiae. S. GOTHOFREDUS Not. b. ad h. L.

ribus, ut quemquam fame confici, vel ad indignum facinus prorumpere concedamus. Dat. Romae, PROBIANO et JULIANO COSS. 522.

Dennoch beweisen theils die kurz nachher vom Kaiser Constantin selbst, theils von seinen Nachfolgern erlassenen Constitutionen, welche Bestimmungen über den Verkauf und das Aussetzen der Kinder enthalten ⁹⁵⁾, daß entweder jene Verordnungen nicht den erwünschten Erfolg müssen gehabt, oder nicht überall in Ausübung müssen gebracht worden seyn ⁹⁶⁾.

Ausser der Staatserziehungs- und Versorgungs-Anstalt für arme Kinder, welche sich nicht blos auf ehelich gebohrne, sondern auch auf uneheliche Kinder ⁹⁷⁾ erstreckte, gab es bey den Römern auch noch

2) öffentliche Versorgungsanstalten für die armen Bürger überhaupt. Zu diesen gehörten

a) die sogenannten *frumentariae largitiones*. Man verstand darunter die öffentlichen Austheilungen des Ge-

95) *S. de L. CONSTANTINI Un. Cod. Theodos. de his, qui sanguinolentos emtos, vel nutriendos asceperint, de a. 329. Lib. V. Tit. 8. L. CONSTANTINI I. Cod. Theod. de Expositis. N. 7. de a. 351.* Ferner das *Rescriptum CONSTANT. ad Rutiliam Primam de venditione liberor. in Fragmentis Vatican.* und bey WÄNCK in *Cod. Theodos. pag. 158. Not. r.* Von Constantins Nachfolgern *L. un. Cod. Th. de patribus, qui filios distraxerunt. III. 3.* von den Kaisern Valentinian, Theodosos und Arcadius. vom J. 391.

96) *S. BECK Diss. de Romanor. disciplina publica medica. Cap. 8. §. 4. Not. 4.*

97) *S. Hugo civilist. Magajta. 2. B. S. 432. Not. *).*

treides unter das gemeine Volk, welche entweder ganz unentgeltlich, oder für einen sehr geringen Preis geschahen, um der Armuth zu Hülfe zu kommen⁹⁸⁾. Eine solche largitio geschah zuerst von dem Aedilis plebis Manius Marcius im J. der E. R. 278. wie Plinius⁹⁹⁾ bemerkt hat. Auf diese folgten mehrere Largitionen, je nachdem nämlich Theuerung und Hungersnoth sie erheischten¹⁰⁰⁾. Denn anfangs waren sie noch nicht auf gewisse bestimmte Zeiten festgesetzt. Erst durch C. Sempronius Grachus, den bekannten Volks-Tribun, wurden die largitiones frumentariae perpetuirlich, und geschahen von jetzt an zu bestimmten Zeiten. Dieser Sempronius Grachus war es auch, der im Jahr der E. R. 630. zu Gunsten des Volks das erste, diese Largitionen betreffende Gesetz promulgirte. Es ist die *lex Sempronia frumentaria*, vermöge welchen den Armen das Getreide für den sehr geringen Preis von *semisse et triente*, i. e. dextante (nach unserm Gelde 3 $\frac{1}{2}$ Pfennig) zugetheilt werden sollte. Livius, Plutarch, Cicero, Florus, und Apulejus gedenken dieses merks-

98) C. LIPSIJ *Electa* Lib. I. cap. 8. Vincent. CONTARENI *de frumentaria Romanorum largitione liber. Vesaliae* 1669. DID. SCHLAGEN *Diss. de re frumentaria. Traj. ad Rhen.* 1709. (in OELRICHS *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. Nr. XIII.) und Jo. MELCH. GOTTL. BESKER *Commentat. de frumentaria largitione et legibus frumentariis. Mitaviae* 1775. 8.

99) PLINIUS SECUND. *Natural. Histor.* Lib. XVIII. cap. 4. *Manius Marcius Aedilis plebis primum frumentum populo in modios assibus donavit.* C. SCHLAGEN *Diss. cit.* Cap. III. §. 6.

100) BESKER *cit.* *Commentat.* Cap. I. §. 5 — 18. hat sie alle bis auf Grachus an der Zahl 10 angeführt.

würdigen Gesetzes¹⁾; bemerken aber dabey, daß es dem Senat eben so verhaßt, als dem Volke angenehm gewesen sey, jenem darum verhaßt, weil man besorgt habe, daß der gar zu geringe Preis die Staatskasse zu sehr erschöpfen, und für die industria plebis nachtheilige Folgen haben werde²⁾. Besonders widersetzten sich daher dieser Lex Sempronia C. Marius³⁾, und M. Octavius⁴⁾, und brachten es auch durch ihr Ansehen und Beredsamkeit dahin, daß sie abrogirt wurde. Allein durch die Lex Apuleia, von L. Apulejus Saturninus so benannt, der diese Lex, alles Widerspruchs des Dictators Cäpio ungeachtet, im J. der E. R. 653. durchgesetzt hatte, wurde das Gesetz des Grachus wieder hergestellt⁵⁾, und nachdem die largitiones frumentariae seit einigen Jahren waren vernachlässiget worden, von dem Tribun M. Livius Drusus im J. der E. R. 662. wieder in Thätigkeit gesetzt⁶⁾. Diese Lex Livia ist daher nichts anders, als eine Wiederbelebung der Lex Sempronia. Mit Aufhebung der tribunicia potestas

1) G. BESEKE Commentat. cit. Cap. II. §. 19 sqq. und SCHACHEN cit. Diss. Cap. III. §. 14.

2) CICERO Or. pro Sextio cap. 48.

3) G. PLUTARCH in Mario: pag. 407. edit. Sylburg.

4) CICERO de Officiis Lib. II. cap. 21. et in Bruto. Cap. 62. Die Unrichtigkeiten des ERNESTI in Clavi Ciceron. Index Legg. frumentariar, in Lege Sempronia berichtet Car. BRIER in edit. Ciceronis de Officiis. (Lips. 1820. 8.) Tom. I. Lib. I. ad Lib. II. Cap. 21. pag. 140.

5) CICERO ad Herennium. Lib. I. cap. 12. et de Legibus. Lib. II. cap. 6. G. BESEKE cit. Comm. Cap. II. §. 27.

6) FLORUS Lib. III. Cap. 17. CICERO de Legib. Lib. II. cap. 6.

unter Sulla fiel zwar auch das Ansehen der *legum frumentariarum*; allein so wie jene unter den Consuln Cn. Pompejus, und M. Crassus, im J. der E. R. 683, war wieder hergestellt worden, so wurden auch, um das Volk zu beschwichtigen, neue *leges frumentariae* gegeben ⁷⁾. So erschien denn die *Lex Terentia et Cassia* auf den Vorschlag der Consuln C. Cassius und M. Terentius Lucullus im J. der E. R. 681 ⁸⁾ Ernesti ⁹⁾ hält dieses Gesetz für die wiederhergestellte *Lex Sempronia*. Soviel ist gewiß, daß das Volk auf die Erneuerung der *Lex Sempronia* drang, es ist daher wahrscheinlich, daß dem Volke, in dem *semissibus ac trientibus* das Getreide verläßt worden sey, wie die L. S. bestimmt hatte ¹⁰⁾. Daß aber die Quantität des *menstrui* anders mag bestimmt worden seyn, läßt sich aus der Rede des Macer Licinius bey Sallust ¹¹⁾ nicht undeutlich schließen.

Noch weiter, als Grachus, gieng jedoch der Tribun P. Clodius Pulcher, welcher im J. der E. R. 696, unter dem Consulat des Piso und Gabinius ein Gesetz zu Stande brachte, nach welchem das Getreide den Armen unentgeltlich ausgetheilt werden sollte ¹²⁾. Dio Cassius ¹³⁾ thut dieser *Lex Clodia frumentaria*

7) C. BESEKE §. 30.

8) CICERO in *Verrem III.* Cap. 70. BESEKE. §. 31⁸⁹qq.

9) Cit. *Indice Legg. in Lexe Cassia Terentia.*

10) BESEKE. §. 33.

11) *Histor. Lib. III. cap. 7.* (Tom. II. pag. 69. edit. *Haverkamp.*)

12) C. BESEKE Cap. II. §. 40 — 44.

13) *Lib. XXXVIII.* Ο οὖν Κλόδιος τον σῆτον πρώϊνα ἀδδιδς διενεμε. Τὸ γὰρ μετρεῖσθαι τοῖς ἀπόροσ

Erwähnung, indem er in seiner römischen Geschichte Folgendes davon aufgezeichnet hat: *CLODIUS igitur frumentum denuo GRATIS divisit. Tulerat enim ad populum, ut daretur PAUPERIBUS, cum primum GABINIUS et PISO Consulatam inierunt.* Dieß war die letzte Lex frumentaria zur Zeit des römischen Freystaats. Die Beforgung dieser Largitionen war anfangs den Aedilen, seit dem Sempronius Grachus aber den Volks-Tribunen übertragen ¹⁴⁾, und man brauchte sie häufig auch als ein Mittel, die Gunst des Volks zu gewinnen, so wie sich die nachherigen Oberhäupter des römischen Staats derselben anfangs zur Begründung ihrer Alleinherrschaft bedienten ¹⁵⁾. Daher dauerten die largitiones frumentariae auch unter den Kaisern fort. Pomponius ¹⁶⁾ bemerkt, daß C. Julius Cäsar für diese Anstalt zwey Prätores und zwey Aedilen ernannt habe, welche davon den Namen *Cereales* erhielten. An deren Stelle traten seit dem Kaiser Augustus die *Praefecti annonae* ¹⁷⁾. August war es auch, welcher, um bey der Vertheilung des Getreides Unord-

τοῦτε Γαοινύλου ἦδη, τοῦ Πισωνοῦς ἀπατενοῦ-
των εἰσημύσατο. CICERO in Orat. pro Sextio.
Cap. 25. tadelt diesen Gesetz deswegen, quod, remissis
semissibus et trientibus, quinta prope pars vectiga-
lium tolleretur. C. SCHLAGER Diss. cit. Cap. III. §. 17.

14) C. BESKE Cap. I. §. 16. Cap. II. §. 34. et 42.

15) TACITUS *Annal. Lib. I. cap. 2.* SUTONIUS in *vita Augusti. Cap. 41.* C. BESKE Cap. III. §. 46. pag. 61.

16) L. 2. §. 32. *D. de Origine iuris.*

17) SUTONIUS in *Augusto. Cap. 37. L. 1. §. 18. D. de exercitor. act.* C. BESKE cit. *Commentat. Cap. III. §. 49. pag. 64 — 68.*

nung und Unterschleif zu vermeiden, die tesseræ frumentariæ einführte, die von den Curatoribus oder præfecto annonæ denjenigen ausgetheilt wurden, welche in das Register der Percipienten bey der largitio frumentaria waren eingetragen worden ¹⁸⁾. Es waren Billets oder Zeichen von Holz, oder Metall, worauf die Quantität des Getreides (frumentorum numerus) bestimmt war ¹⁹⁾. Solche tesseræ frumentariæ konnten von den Inhabern sogar einem Andern legirt ²⁰⁾ und verkauft werden ²¹⁾. Denn man sah hier nicht auf das corpus, welches an sich keinen Werth hatte, sondern auf den ihnen vom Staate beygelegten Werth, nämlich auf die Quantität des Getreides, welche man damit erhalten konnte, wenn man bey der Vertheilung des Getreides die tessera dem mensor frumentarius vorzeigte ²²⁾. Diese mensores frumentarii, welche, um dem Volke das Getreide aus den Proviant-Magazinen, (horrea) denen sie vorgesetzt waren, zuzumessen, waren angestellt worden, hießen davon auch Tesserarii ²³⁾, und genossen deswegen eine vacatio

18) SUTTONIUS in Augusto. Cap. 40. et 41. Nov. JUSTINIANI LXXXVIII. cap. 2.

19) VIRGILIUS Lib. I. Georgicor. v. 263. et ad h. L. SERVIUS. ISIDORUS Origin. Lib. ult. Cap. 14. BESSEKE o. L. cap. 50. Von XIPHILINUS werden sie parvi orbis lignei inscripti genennt.

20) L. 49. §. 1. D. de Legat. II. L. 87. pr. D. eodem.

21) L. 52. §. 1. D. de iudiciis. L. 1. Cod. de annonis civilibus. (XI. 24.)

22) G. Jos. AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 18.

23) CUVACIUS Observation. Lib. VI. cap. 33. in fin.

munerum ²⁴⁾. In der Folge ward, statt des Getreides, Brod ausgetheilt ²⁵⁾. Dazu wurden eigene Beden vom Staate angestellt, welche besondere Collegia bildeten, die durch Senatusconsulte und kaiserliche Constitutionen bestätigt, und mit gewissen Vorrechten versehen waren ²⁶⁾. Von wem diese neue Anstalt herrührt, läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen. Einige ²⁷⁾ leiten sie vom Kaiser Trajan; andere ²⁸⁾ vom K. Hadrian; noch andere ²⁹⁾ vom K. Aurelian her. Die Aufsicht

24) *L. 26. D. de Excusat. tutor. L. 9. §. 1. L. 10. §. 1. D. de vacat. et excusat muner.*

25) *C. BESKE Commentat. de frumentar. largitione. Cap. III. §. 61.*

26) *L. 1. pr. D. Quod cuiusq. univ. nom. GAJUS lib. III. ad Edictum provinc. Collegia Romae certa sunt, quorum corpus Senatusconsultis, atque Constitutionibus principalibus confirmatum est: veluti Pistorum, et quorundam aliorum. — L. ult. D. de Excusat. PAULUS libro sing. de Cognitionibus. Qui in collegio pistorum sunt, a tutelis excusantur, si modo per semet pistrinum exerceant: sed non alios puto excusandos, quam qui intra numerum sunt. Urbicū autem pistores a collegarum quoque filiorum tutelā excusantur.*

27) *Jac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de pistoribus. Lib. XIV. Tit. 3. (Tom. V. pag. 170. edit. Ritter.) und LIPSIUS Elector. I. 8. Sie berufen sich auf den AURELIUS VICTOR de Caesaribus Histor. abbreviat. Cap. 13. wo er vom Trajan sagt: Annuae perpetuae mire consultum, reperto firmatoque Pistorum collegio.*

28) *BESKE cit. loc. §. 60 et 61. wegen der angeführten Gesetze.*

29) *Jos. AVERANIUS Interpret. iuris Lib. II. cap. 18. nr. 4.*

über diese Staatsbäckereyen (pistrinae oder *pistrina*) war den patronis pistorum aufgetragen³⁰), deren bey einem jeden Collegium mehrere waren³¹), welche unter dem

und *Christ. Gottl. SCHWARTZ* ad *PLINII Panegyric. Cap. XXVIII. Not. f. pag. 91.* wegen einer Stelle aus *FLAV. VOPISCUS in D. Aureliano. Cap. 35.* wo er sagt: *AURELIANUM eo tempore, quo proficiscebatur ad bellum orientale, bilibres coronas populo promississe, si victor rediret: et quum aureas populus speraret, neque AURELIANUS aut posset, aut vellet, coronas eum fecisse de panibus, qui nunc siliginei vocantur, et singulis quibusque donasse: ita ut siligineum suum quotidie toto aevo suo et unusquisque reciperet, et posteris suis dimitteret.*

- 30) *L. 2. et L. 7. Cod. Theod. de pistoribus. (Lib. XIII. Tit. 3.) Jac. GOTHOFREDUS* in *Commentar. ad L. 7. cit. (Tom. V. pag. 174. sq. edit. Ritter.)* hat von den patronis pistorum ausführlich gehandelt. Sie hatten auch die Aufsicht über die zu einer solchen Staatsbäckerey gehörige *Entheca, ἀποθήκη*, worunter der Vorrath von Getreide, die Officin mit den Thieren, Sklaven, Mühlen, und Grundstücken (fundi dotales) die zu einer solchen Anstalt, nach der Einrichtung derselben, erfordert wurden, begriffen waren. Aus den Einkünften der fundorum erhielten die pistorēs ihren Gehalt. S. die *L. 7. C. Th. cit.* Man sehe auch *Jac. GOTHOFREDI Comm. ad L. 7. in fin. et ad L. 13. C. Th. eod.* Von den pistrinis sagt *SOCRATES in Histor. Eccles. Lib. V. cap. 18.* *Erant in Urbe Roma aedes amplissimae, a priscis temporibus aedificatae, in quibus panis fiebat, qui civibus dividebatur.* S. *F. L. GORTZ de pistrinis Veterum. Cygniae 1730.*

- 31) *L. 9. Cod. Theod. de Suariis, et Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad h. L. Lib. XIV. Tit. 4. Tom. V. Cod. Theod. pag. 200.*

Praefectus annonae standen ³²⁾. Die Austheilung des Brodes geschah öffentlich vor den Augen des Volks, an einem dazu, ohnweit der Bäckerey, besonders errichteten erhabenen Orte, welcher mit Stufen versehen war, von deren obersten die Austheilung an die mit tesseris versehenen Einzelnen geschah ³³⁾. Davon erhielt das Brod den Namen *panis gradilis* ³⁴⁾. Das dazu bestimmte Getreide war der *canon frumentarius urbis Romae* ³⁵⁾, woraus den Hoffäckern das zum Verbacken nöthige Getreide von den Mensoren geliefert wurde ³⁶⁾. Seit dem Kaiser Aur

32) L. 3. 12. 14. 15. 21. et ult. *Cod. Theod. de pistori-
bus.* SYMMACHEUS *Lib. X. Epist. 36.*

33) L. 3. *Cod. Theod. (XIV. 17.) de annonis civicis et
pane gradili.* Impp. VALENTINIANUS et VALENS. Uni-
versi panem gradilem *de gradibus* adipiscantur: ne-
que cuiquam haec aut deferatur gratia, aut impona-
tur iniuria, ut de pistrino accipiat. L. 4. *Idem Impp.*
Ne quid super gradili pane fraudis oriretur, iussimus,
omne illud, quod populo penditur, palam in gradi-
bus, non clam a pistoribus ministrari. Hierauf geht
auch der Bericht bey PRUDENTIUS *Lib. I. adv. Symma-
chum v. 584.*

Et quem panis alit, gradibus dispensus ab altis.

©. Jac. CUVACIUS *Observat. Lib. XXVI. Cap. 17. Jac.
GOTTFREDEUS Commentar. ad L. 2. Cod. Theod. de anno-
nis civicis et pane gradili Lib. XIV. Tit. 17. Tom. V. pag.
267—269. edit. Ritter. BESSEKE Commentar. de fru-
mentar. largitione. Cap. III. §. 61. pag. 97. sqq.*

34) *Vid. tot. Tit. Cod. Theod. de annon. civ. et pane
gradili. XIV. 17. et Jac. GOTTFREDEI Commentar.
ad Eundem. Tom. V. pag. 265. sqq.*

35) *Vid. Tit. Cod. Theodos. de canone frumentario Urbis
Romae. (XIV. 15.) et ad eundem Jac. GOTTFREDEI
Commentar. Tom. V. pag. 251. sqq.*

Deagnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 285

lianuß wurde, auffer dem Brode, auch Del und Fleisch unter die Armen unentgeltlich ausgetheilt ³⁷⁾). Von diesen Spenden finden sich ganze Titel im Theodosianischen Codex ³⁸⁾). So dauerten diese Austheilungen fort bis auf Justinian ³⁹⁾, der jedoch mehrere hierher gehörige Verordnungen seiner Vorgänger in seinen Codex nicht aufgenommen hat ⁴⁰⁾). Zu den öffentlichen Versorgungsanstalten bey den Römern gehörten endlich

b) auch noch die zur Armen- und Krankenpflege, so wie zur Ernährung und Erziehung der Findlinge und anderer armer Kinder bestimmten öffentlichen Gebäude. In den Verordnungen der christlichen Kaiser, besonders des Kaisers Justinian ⁴¹⁾, werden genannt die *Xenones* oder *Xenodochia*, Hospitäler, worin arme Reisende

36) S. BRESKE §. 81.

37) FLAVIUS VOPISCUS in *Divo Aureliano*. Cap. 35. et 47.

38) *L. un. Cod. Theod. de mensis oleariis*. (XIV. 24.) *Mensa olearia* heißt das Maas von Del, welches jedem Einzelnen zugetheilt wurde. *Mensa* ist also hier soviel, als *dimensa*. S. Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad h. *L. Tom. V. pag. 294.* und BRESKE cit. Commentat. §. 72. Von Fleischaustheilungen handelt *Tit. Cod. Theodos. de suariis et pecuariis*. (XIV. 4.) Man sehe auch hier Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad *L. 1. Cod. Theod. de suariis*. *Tom. V. Cod. Theod. pag. 190.*

39) S. BRESKE Commentat. cit. §. 69—89.

40) BRESKE Cap. IV. pag. 143—149.

41) *L. 17. §. 1. L. 19. L. 22. et 23. Cod. de Sacrosanct. Ecclesiis. L. 33. §. 7. et L. 35. L. 42. §. 6. L. 46. pr. et §. 1. et 9. L. 49. §. 3. 5. 6. 7. L. ult. C. de Episcopis et Clericis. Nov. CXI. Cap. 1. Nov. CXX. Cap. 1.*

und Fremde unentgeltlich aufgenommen und verpflegt wurden ⁴²⁾). *Ptochia* oder *Ptochotrophia*, Armenhäuser ⁴³⁾). *Nosocomia* ⁴⁴⁾, Krankenhäuser. *Orphanotrophia* ⁴⁵⁾, Waisenhäuser. *Gerocomia* oder *Gerontocomia* ⁴⁶⁾, Hospitäler zur Aufnahme und Verpflegung alter hülfsloser und kranker Leute. *Curotrophia* ⁴⁷⁾, Häuser, worin arme Knaben, die sich ihren Unterhalt noch nicht

42) Von *Ξένος*, ein Fremder, ein Gastfreund. S. BRISSONIVS de Verb. iur. Signif. voc. *Xenon*. und F. PITHOBI Glossar. h. v.

43) Von *πτωχος*, pauper, und *τρέφω*, alo. S. Jo. CALVINI Lexic. iuridic. Voc. *Ptochotrophium*, und F. PITHOBI Glossar. obscurorum verbor. Juliani h. v.

44) Von *νόσος*, morbus, und *κομέω*, curo. S. ISIDORUS *Etymológ. XV. 3.* CALVINI Lexic. iurid. voc. *Nosocomium*, und BRISSONIUS voc. eod. Es gab auch bey den Römern Armenärzte, welche *Parabolani*, oder *Archiatri* genennt wurden. L. 18. C. *de Episc. et Clericis*. S. Rud. Bosse Grundzüge des Finanzwesens im Römischen Staate (Braunschweig 1804.) Th. 2. S. 198. und Beck Diss. de Romanor. disciplina publica medica. Cap. X. Hieronymus in *Epitaph. Gabiolae* nennt hier die erste Stifterin dieser gemeinen Wohlfarthanstalt. S. PITHOBI Glossar. voc. *Nosocomium*, (adj. versioni Novellar. Hombergk.)

45) Von *ὄρφανος*, filius orbis et parentibus privatus, eine Waise. S. CALVINUS voc. *Orphanotrophium*. Vergl. auch Beckmann's Geschichte der Waisenhäuser, in den Beyträgen zur Gesch. d. Erfind. B. 5. S. 395.

46) Von *γέρων*, senex, und *κομέω*, curo. S. CALVINI Lex. iurid. voc. *Gerontocomium*. PITHOBI Glossar. h. voc. Car. DU FRESNE Glossarium ad Scriptor. med. et infimae Latinitat. eod. voc. et BRISSON. h. v.

47) Von *κόρος*, puer. S. CALVINUS voc. *Curotrophium*.

erwerben konnten, bis dahin ernährt wurden, und *Brephotrophia* ⁴⁸⁾, Häuser, worin Findlinge und neugebohrne Kinder armer Eltern erzogen, und versorgt wurden.

Justinian ⁴⁹⁾ nennt einen gewissen Zoticus, der zuerst ein Waisenhaus gestiftet haben soll, und bemerkt, daß nach dem Beyspiel desselben die übrigen Wohlthätigkeits-Anstalten wären errichtet worden. Er führt auch unter den Armen-Versorgungs-Anstalten, die sich in der Residenzstadt Constantinopel befinden, ein *Xenodochium* an, welches von einem gewissen Sampson *piae memoriae* seinen Namen haben soll ⁵⁰⁾.

Diese Häuser werden in den Gesetzen *domus venerabiles* auch *domus sacrae* ⁵¹⁾ genannt. Sie standen mit ihren Vorstehern, den *Orphanotrophis*, *Ptochotrophis*, *Xenodochis*, *Nosocomis*, und *Oeconomis* unter dem Bischof, und hatten die Privilegien der Kirchen ⁵²⁾. Ihre Vorsteher vertraten die Stelle der Tutoren und Curatoren, und hatten also auch die Pflichten derselben ⁵³⁾.

48) Von βρέφος, infans recens natus. S. CALVINUS h. voc. *Ant. AUGUSTINI* verborum quorundam Juliani interpretat. voc. *Brephotrophium* (adj. versioni Novellar. Hombergk.) und BRISSONIUS h. voc.

49) L. 35. Cod. de Episcop. et Cleric.

50) Novell. CXXXI. Cap. 15. S. PITHORI Glossarium voc. *Xenon*.

51) Nov. CXX. Cap. 1. 2. 3. 4. 6. et 7.

52) L. 17. Cod. de SS. Eccles. L. 33. §. 7. Cod. de Episcop. et Cleric. Nov. CXXIII. Cap. 23.

53) Nov. CXXXI. Cap. 15.

Verfahren in Alimentensachen. In wiefern findet Zurückforderung gereicher Alimente Statt?

Alimentensachen sind übrigens von den Gesetzen sehr begünstiget. Sie werden daher, mit Beseitigung aller Förmlichkeiten des Processus, auf einen auch nicht durch förmliche Klage angebrachten Antrag, d. h. durch eine einfache Anrufung des Richters, (*Imploratio officii iudicis*) summarisch, - auch selbst in dem Falle verhandelt, wenn dabey die Waterschaft oder Kindschaft in Abrede gestellt wird⁵⁴⁾. Der Grund dieses begünstigten Verfahrens beruht in der Natur dieser Sachen. Denn Alimente bezeichnen schon in ihrem Begriffe das Merkmal ihrer Nothwendigkeit, und gestatten durchaus keinen Verzug. Daher kann zuweilen durch eine provisorische Verfügung der Implorat angehalten werden, dem dürftigen Imploranten die Alimente zu reichen, wenn gleich der Präjudicialpunct noch zweifelhaft ist. Denn in dem Ausspruch *ali debere* liegt für andere Beziehungen noch nicht das *filium esse*, wie Kr. Marcus in folgender Stelle Ulpian's rescribirt hat.

L. 6. §. 9. D. h. t. Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint: ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim

54) S. VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 13.* HOFACKER *Princip. iur. civ. Tom. I. §. 560.* GÜNTHER *Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 421. in fin.* Sönnner's Handbuch des deutschen gemeinen Processus. 1. B. Nr. X. §. 42. S. 277. f. und 4. B. Nr. LXXIX. §. 29. S. 346. und Zimmern *Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 143. S. 525.*

De agnosc. et alendis liberis, vel parentibus etc. 239

hoc pronuntiatur, *filium esse, sed ali debere*: et ita Divus MARCUS rescripsit.

Um dieses schnellere Rechtsverfahren anzudeuten, wird daher hier nie das Wort *actio* oder *iudicium*, sondern immer der Ausdruck *cognitio* gebraucht, und gesagt: *iudex de ea re cognoscet*, oder *iudices oportet super ea re cognoscere*, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 5. pr. D. h. t. Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur: *iudex de ea re cognoscet*.

§. 8. Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, *summatim iudices oportet super ea re cognoscere*: si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta.

L. 7. D. eodem. MODESTINUS libro V. Responsorum. Si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit: *alimenta quidem liberis praestare INTERIM compellendum*; sin autem constiterit, eam servam fuisse, nihil ei, qui pascendos curavit, ex hoc praeiudicium generare respondit.

L. 3. pr. et §. 4. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat. ULPIAN. lib. I. de omnibus Tribunalibus. Jus alimentorum decernendorum pupillis Praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentibus praestare debeant. — Sed si

non constat, quis modus facultatum sit, inter tutorem, et eum, qui alimenta decerni desiderat, *suscipere debet* COGNITIONEM, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat.

Aus allem ergibt sich soviel,

1) daß die gesetzliche Begünstigung der Alimente nur eigentlich diejenigen angeht, welche für die Zukunft zu reichen sind. Denn bey Alimenten für eine bereits verflossene Zeit ist die Gefahr nicht mehr vorhanden, welche jenes schnellere Rechtsverfahren nothwendig macht⁵⁵⁾.

2) Da der Rechtsstreit über künftige Alimente nach den Regeln des summarischen und Executiv-Processus verhandelt wird, so findet weder eine Appellation quoad effectum suspensivum⁵⁶⁾, noch ein Arrest⁵⁷⁾, noch eine Zurückhaltung Statt⁵⁸⁾.

55) *G. Jo. Ern. BERNEGGER* Diss. de alimentis, eorumque computatione in detrahenda Q. Falcidia (*Altdorf*. 1720.) Cap. II. §. 13. und *Gönnert* im angef. Handb. buch. 4. B. Nr. LXXIX. §. 29. S. 346.

56) *L. ult. pr. D. de appellat. recipiend. vel non. G. SURDUS* de Alimentis. Tit. VIII. Privileg. LX. nr. 8—16. *VORT* Comm. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLIX. Tit. 1. §. 7.

57) *Jo. VORT* Commentar. ad Pandect. Lib. II. Tit. 4. §. 51.

58) *L. 8. in fin. D. de aliment. et cib. legat. L. 3. Cod. de compensation. SURDUS* de Alimentis. Tit. VII. Quaest. 10. nr. 8. *CAREZOV* Jurispr. for. P. I. Const. VIII. Def. 9. *BERNEGGER* cit. Diss. Cap. II. §. 13. pag. 43. und *HOFACKER* Princ. iur. civ. Tom. I. §. 560.

3) Ist die Alimentations-Verbindlichkeit in Streit gezogen, und es kommt auf eine bloße Rechtsfrage an, ob nämlich diese Verbindlichkeit unter den vorliegenden Umständen eintrete, so muß der Richter diese Frage so gleich definitiv entscheiden, wogegen jedoch eine etwa ergriffene Appellation, wie bereits bemerkt worden ist, keine Suspensivkraft hat. Hängt aber die Verbindlichkeit zur Alimentation von factischen Bedingungen ab, z. B. der Dürftigkeit, der Abstammung, u. d., so wird, wegen Begünstigung der Alimente, auf deren Leistung provisorisch, doch so erkannt, daß sie nach dem Grade der Ungewißheit auf einen niedern Grad des Bedürfnisses herabgesetzt wird ⁵⁹⁾.

Zuletzt ist noch die Frage zu erörtern, ob geborene Alimente wiedergefordert werden können? Die Rechtsgelehrten sind auch hier verschiedener Meinung. Heltfeld stellt den Grundsatz auf, alle, ausser dem Vater, können für die gereichten Alimente Ersatz fordern, wenn derjenige, welcher sie empfing, dereinst in bessere Vermögensumstände kommt. Leyser ⁶⁰⁾ scheint mit sich selbst im Widerspruch zu stehen, indem er an dem einen Orte der Mutter, welche ihren Kindern, die eigenes Vermögen hatten, die Alimente gereicht hat, die Absicht der Zurückforderung unterlegt, wofern nicht die Absicht zu schenken, welche im Zweifel nie vermuthet werde, erwiesen werden könne, an dem andern aber die Absicht zu schenken vermuthet wissen will, wenn die Kinder auch, ausser der mütterlichen Hülfe, die Alimente hätten erhalten

59) Gönner's Handbuch 4. B. Nr. LXXIX. §. 29. S. 547.

60) Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCXXV. Medit. 4 — 6.

können. Heinrich Gottfr. Bauer ⁶¹⁾ glaubt diesen Widerspruch dadurch heben zu können, daß er überhaupt unterscheidet, ob derjenige, welcher die Alimente wieder fordert, zur Alimentation verpflichtet war, oder nicht; im ersten Fall sey ihm das Repetitionsrecht zu gestatten, in dem andern zu versagen. So könnte z. B. die Mutter, die auf die Kinder verwendeten Erziehungskosten wieder fordern, wenn diese eigenes Vermögen haben. Wer aber einen armen Verwandten, oder einen Fremden zu ernähren übernimmt, habe dadurch Niemand verbindlich machen wollen. Die meisten ⁶²⁾ behaupten dagegen, Eltern könnten die ihren Kindern gegebenen Alimente, ohne Unterschied, es sey vom Vater oder der Mutter die Rede, nicht wiederfordern, die Kinder möchten eigenes Vermögen haben, oder nicht, weil man hier immer wegen der elterlichen Liebe zu den Kindern im Zweifel Erweisung einer Liberalität vermuthen müsse, wosern nicht der animus repetendi erwiesen werden könne. Jedoch sey dieß nur von leiblichen Kindern zu verstehen. Stiefkinder müßten den animus donandi beweisen, wenn der Stiefvater die gereichten Alimente wiederfordert. Den sichersten Weg scheinen mir jedoch diejenigen ⁶³⁾ zu gehen, welche

61) Responsor. ad quaestiones ex iure vario Vol. I. Resp. 46. pag. 192. sqq.

62) Sam. de Cocceji iur. civ. controv. Lib. III. Tit. 5. Qu. 10. Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 8. Jo. Ern. Just. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 583. und Theob. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erbt. XV. S. 88. ff.

63) THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 350. HUF-

zum Grundsatz annehmen, daß Alimente, sie seyen entweder aus rechtlicher Verpflichtung, oder ohne dieselbe, aus blosser Liebe, oder Mitleid gegeben, nicht zurückgefordert werden können. Schon die allgemeinen Grundsätze von der *condictio indebiti* bestärken diesen Grundsatz. Denn lag bey der Alimentation eine natürliche Zwangspflicht zum Grunde, die die positiven Gesetze sogar zur rechtlichen Nothwendigkeit erhoben haben, wie die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder und Eltern, ferner die Verbindlichkeit des Mannes zur Ernährung der Frau; so ist ja keine Nichtschuld vorhanden, welche eine *Condictio* begründen könnte⁶⁴⁾. Eben so wenig findet auch hier eine *actio negotiorum gestorum* Statt⁶⁵⁾. Wüste aber der Alimentengeber, daß er zur Alimentation nicht verpflichtet sey, er übernahm sie bloß aus Liebe, oder Mitleid; bey dem wird die Absicht zu schenken angenommen, und ihm daher die Zurückforderung des Gegebenen in den Gesetzen⁶⁶⁾ ausdrücklich versagt. Es läßt sich auch hier keine Verbindlichkeit aus einer Geschäftsführung annehmen, weil die Klage aus der Geschäftsführung wegfällt, wo bloß ein *officium pietatis* erfüllt wurde, weil hier die Absicht zu schenken vermuthet wird⁶⁷⁾. Dieß ist auch in dem Falle zu behaupten,

LAND Lehrbuch des heutigen Civilrechts. 2. B. §. 858.
MÜHLENBRUCH *Doctrina Pandectar.* Tom. II. §. 242.

64) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 830. S. 99.

65) L. 13. *Cod. de negot. gestis.*

66) L. 1. §. 1. L. 26. §. 2. L. 32. §. 2. *D. de condict. indeb.*
L. 9. *pr. C. eod.* S. den 13. Th. §. 834.

67) L. 44. *D. de negot. gest.* L. 1. *Cod. eodem.* S. den
5. Band. §. 426. S. 383.

wenn Eltern ihren Kindern, welche ein hinreichendes eignes Vermögen besitzen, die Alimente aus dem Ihrigen gegeben haben, oder wenn die Mutter oder Großmutter ihre Kinder oder Enkel auf ihre Kosten ernährt hat, während der Vater derselben noch lebte, und selbst bey Vermögen war; weil hier mit Zustimmung der Gesetze vermöge einer auf Liebe und Zuneigung gegründeten Vermuthung anzunehmen ist, daß es animo donandi, nicht repetendi geschehen sey. Folgende Gesetze bestätigen dieses unbedenklich.

1) L. 34. D. eodem. PAULUS Lib. I. Quaestionum. NESENNIUS APOLLINARIS, JULIO PAULO salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque, aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur, aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent⁶⁸). Praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contra-

68) Die nichtflorentinischen Ausgaben, sowohl glossirte, als nicht glossirte, lesen decreta esse. Z. B. Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza u. a. auch Bed. Eben so liest auch Ant. FABER in Rational. in Pand. ad h. L. Tom. I. pag. 418. Herm. CANNegieter Observation. iur. Rom. Lib. I. Cap. 20. pag. 128. meint zwar auch, es müsse esse gelesen werden; allein statt Praeterea liest er at praeterea, und meint, daß Regent sey vermuthlich daher entstanden, daß die Worte esse, at durch Unwissenheit der Abschreiber zusammengezogen worden sind.

rio dicebatur, tunc hoc recte dici, ut ⁶⁹⁾ de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse, de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio ⁷⁰⁾ erogata videantur? Quaero, quid tibi iustius videatur? Respondi, haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est, se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores eius conveniret? Pone, peregre patrem eius obiisse, et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium, quam familiam ⁷¹⁾ eius exhi-

69) Statt *ut*, lesen alle nicht florentinische Ausgaben *cum*. Z. B. Merlin, Haloander, Miräus, und die übrigen in der vorigen Note angeführten. Dieser Lesart giebt auch Ant. FABER o. l. den Vorzug. *Ut* für *cum* ist indessen sowohl in den Handb. als bey den Classikern nicht ungewöhnlich. C. L. 2. D. de inoff. testam. und TERENTIUS in *Hecyra* Act. III. Sc. 5. v. 18. Vergl. BRASSONIUS de Verb. iur. Signif. Voc. *Ut*.

70) Alle andere Ausgaben lesen: numquid *de utroque patrimonio* erogata viderentur.

71) Statt *familiam* lesen die angeführten nichtflorentinischen Ausgaben *filiam*. Nur die neueste krit. Ausgabe von Beck hat die florentinische Lesart beybehalten. Diese ist auch unstreitig richtiger, wie schon BRENKMANN in der Gebauerischen Ausgabe Not. 2. bemerkt hat. Sie wird nicht nur durch die *Basilica* Tom. II. Lib. XVII. Tit. I. Const. 34. pag. 317. bestätigt, wo es ausdrücklich heißt: ἀπατρέψει τὸν υἱὸν καὶ τὴν αὐτοῦ φαμίλιαν; sondern auch durch die nachfolgenden Worte: *in ipsum pupillam*.

buisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem Divus PIUS ANTONINUS constituit. Igitur in re facti facilius putabo, aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta: maxime, si etiam in ratione impensarum ea ⁷²⁾ retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur ⁷³⁾.

72) Nicht bloß Haloander, sondern auch Baudouza, Merltn und Miräus lesen hier: in rationes *impensam* retulisse. Diese Lesart scheint mir weit richtiger zu seyn, als die florentinische. Denn die rationes sind hier offenbar keine andern, als die *rationes domesticae*, worin ein Röm. Paterfamilias den Vorkuß, welchen er seinen Mitbürger wirklich geleistet hatte, auf den Namen desselben als ein *expensum* einzeichnete. L. 6. §. 3. *D. de edendo*. Es waren die *tabulae* oder *codices accepti et expensi*. S. von Alimendingen über die *Rationes domesticae* der Römer, (in dem Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts von Grolmann und v. Löhr. 2. B. S. 169. ff.) Daher die Redensart in *rationes referre*. S. BRISSONIUS de V. S. voc. *Ratio*. Ein solches Schuldbuch heißt auch *Calendarium*. L. 41. *D. de reb. cred.* BRISSONIUS h. v. Hierauf geht der Ausspruch des SENeca *de Beneficiis Lib. I. cap. 2. Nemo beneficia in Calendario scribit*.

73) Die Alimente von beyder Vermögen zu berechnen, wäre offenbar ungereimt. Denn die Großmutter hatte entweder die Absicht zu schenken, oder nicht. Im ersten Falle wollte sie ja auch nicht, daß dem Enkel etwas auf sein Vermögen angerechnet werden sollte; in dem letzten aber hat sie nichts von dem Ihrigen aufwenden wollen. S. FABER c. 1.

Der Fall, welcher hier von Paulus entschieden wird, ist schon an einem andern Orte⁷⁴⁾ erörtert worden. Wir lernen indessen aus diesem Gesetz, daß es in den Fällen, wo die Alimentation ohne Schuldigkeit übernommen wurde, auf die besondern Umstände in factu ankomme, hieraus muß beurtheilt werden, ob sie animo donandi oder animo repetendi geleistet worden ist⁷⁵⁾. Der Beweis muß aber hier immer durch solche Handlungen geführt werden, welche diesen animum repetendi auf eine unzweydeutige Weise zu erkennen geben. Dahin gehören z. B. Protestation, Verzeichnung dieser Betwendungen in dem Schuldenbuche unter die Activa. Bloße Aufzeichnungen derselben in dem sogenannten Ausgabebuche des Alimentengebers vermögen an sich noch nicht, die Stärke jener rechtlichen Vermuthung für den animus donandi zu entkräften⁷⁶⁾.

2) *L. 11. Cod. de negotiis gestis.* Imp. ALEXANDER A. Herenniae. Alimenta quidem, quae filiiis tuis praestitisti, tibi reddi non iusta ratione postulas: cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili

74) *S. den 5. Th. §. 426. S. 383. f. und vergl. noch Jac. Cujacii Commentar. in Lib. I. Quaestion. Pauli ad h. L. 34. (in Opp. postum. Tom. II. pag. 936. sqq.)*

75) Man sehe auch *L. 14. §. 7. D. de religios.* und *L. 50. D. Familiae erisc.* Die Worte: *Haec disceptatio in factum constituit*, haben also den Sinn: *haec disceptatio ex facto est diiudicanda.* *S. Ger. Noor Commentar. ad Dig. Lib. III. Tit. 5. in fin. et de pactis et transactionib. Cap. IX. §. Igitur. Tom. I. Oper. pag. 595.*

76) *L. 5. et 6. C. de probationib.* *S. Hagemann's pract. Erörterungen. G. B. Erört. XV. S. 91.*

more impendisti: si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis: id negotiorum gestorum actione consequi potes. PP. 77) XII. Kalend. Februar. ALBINO et MAXIMO Cons. 228. •

3) L. 15. C. eodem. Imp. GORDIANUS A. Euty-chiano. Si paterno affectu privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti: eius erogationis tibi nulla repetitio. est. Quod si ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intendanda est actio. PP. VI. Id. Jul.

Mit Recht behauptet Cujaz⁷⁸⁾, daß dieses Rechtsverhältniß nicht bloß bey Eltern und Kindern, sondern auch bey Seitenverwandten, ja sogar bey Fremden Statt finde, und dieses bestätigen auch folgende Gesetstellen.

L. 27. §. 1. D. de negot. gest. MODESTINUS libro II. Responsorum. Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam: actionem hoc nomine contra eam non habere respondi.

77) PP. i. e. Proposita, oder Propositum kommt häufig in den Unterschriften der kaiserlichen Rescripte vor, die an Privatpersonen erlassen wurden, und bezieht sich auf die vorausgegangene Geschichtserzählung. Proposita ergo in facti enarratione versantur, sagt Jac. GUTHRIUS de Officiis domus Augustae. Lib. I. Cap. 36. pag. 178. Man sehe auch SAMMET Hermeneutik des Rechts. Sect. III. §. 11. S. 172.

78) Cit. loc. Opp. postum. Tom. II. pag. 938.

L. 44. D. eodem. ULPIANUS Libro VI. Disputationum. Is qui amicitia ductus paterna⁷⁹⁾ pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulavit: nullam adversus eos habet actionem, secundum DIVI SEVERI constitutionem⁸⁰⁾.

Mit Recht macht jedoch SURDUS⁸¹⁾ hier darauf aufmerksam, daß in allen den angeführten Gesetzen bloß davon die Rede sey, ob gereichte Alimente von dem zurückgefordert werden können, dem sie gegeben worden sind. Wie also, wenn Jemand einer Person, es sey ein Verwandter oder ein Fremder, den Unterhalt gereicht hat, während ein Anderer dazu verpflichtet, und auch vermögend war? Z. B. die Mutter hat in der Abwesenheit des vermögenden Vaters die Kinder von dem übrigen ernährt, und besonders die Kosten des Unterrichts für sie bezahlt; oder Eins von mehreren begüterten Geschwistern hat in Abwesenheit derselben die Verpflegung der Mutter übernommen; kann nicht wenigstens hier eine Vergütung wegen der verwandten Unterhaltskosten von dem gefordert werden, der zur Alimentation verbunden gewesen wäre, z. B. die Mutter von dem Vater der Kinder, oder der Bruder von den übrigen vermögenden Geschwistern, wenn jener in der Abwesenheit der übrigen Geschwister die Mutter auf seine Kosten verpflegt und unterhalten hat?

Hierauf geht die bereits oben erklärte Stelle Ulpian's L. 5. §. 14. D. h. t. welche uns lehrt, daß es

79) C. L. 1. Cod. eodem. wo diese affectio paterna etne affectio domestica genennt wird.

80) Diese Constitution ist die angef. L. 1. C. de N. G. Die L. 44. cit. hat ebenfalls CUSACIUS c. l. erläutert.

81) Tr. de Alimentis. Tit. VI. Quaest. 8. pag. 373. sqq.

auch hier zunächst auf die Absicht und Gesinnung ankomme, mit welcher dieser Aufwand gemacht worden ist; allein es kann doch hier im Verhältniß zu dem Verpflichteten nicht so leicht ein animus donandi angenommen werden, als solchen die Gesetze im Verhältniß zu demjenigen angenommen wissen wollen, der die Alimente genossen hat. Dieser muß daher als Einrede von dem erwiesen werden, von welchem deshalb Ersatz gefordert wird ⁸²⁾.

82) C. MEVIUS Tom. I. P. II. Decis. 18. und QUISTORP rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. XCVI. C. auch oben C. 235. Anderer Meinung ist jedoch HENR. GOTTFR. BAUER Responsor. ad Quaestion. ex iure vario. Vol. I. Resp. 46. pag. 194. sq.

Lib. XXV. Tit. IV.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu.

§. 1291.

Ergänzung des Plancianischen Senatusconsults durch neue Vorsichtsmaßregeln gegen die Unterschlebung von Kindern, von den *Divis Fratribus*, und dem Prätor. I. Rescript der *Divorum Fratrum L. 1. pr. h. t.*

Es ereigneten sich zwey Fälle, worüber keines der in dem vorigen Titel erklärten Senatusconsulte, weder das Plancianische, noch das Hadrianische Senatusconsultum, Auskunft gab; nämlich

1) wenn der Mann nach getrennter Ehe behauptet, daß die Frau von ihm schwanger sey, und die Frau es läugnet.

2) Wenn die Frau nach des Mannes Tode behauptet, sie sey von ihm schwanger.

Diese beyden Fälle werden hier entschieden.

Für den ersten erließen die *DIVI FRATRES* ein Rescript auf den Antrag des Prätors Valerius Priscianus. Die Veranlassung dazu war folgende.

Ein Mann, Rutilius Severus, von dem sich die Frau geschieden hatte, behauptete, nach erfolgter Trennung der Ehe, daß die Frau sich von ihm schwanger befinde. Die Frau stellte die Behauptung ihres geschiedenen Gatten in Abrede. Dennoch verlangt der Mann, daß ihr ein Aufseher bestellt werde, wie bey schwangern Weibern üblich ist. Ein neues, zu der Zeit noch unerhörtes Beginnen! Denn wie konnte die Frau genöthiget werden, Custodes anzunehmen, da sie dem Manne ihre Schwangerschaft nicht angezeigt hatte? Die Frau hatte also nicht Unrecht, wenn sie sich weigerte, einen Aufseher anzunehmen. Denn so lange das Kind noch im Mutterleibe sich befindet, ist es, sagt Ulpian ⁸³⁾, ein Theil des Körpers, ein Theil des mütterlichen Eingewei des. Was hat denn aber der Mann noch für ein Recht an dem Körper der Frau, wenn sie von ihm geschieden ist? Erst wenn das Kind zur Welt geboren ist, kann der Mann mit Recht durch ein Interdict verlangen, daß man ihm das Kind verabsolgen lassen, oder solches ihm selbst heimführen lassen solle. Also nach dem Plancianischen Senatusconsult konnte die verlangte custodia ventris nicht verfügt werden. Es mußte demnach eine Entscheidung von obenherab erfolgen. Der Prätor Urbanus wandte sich deswegen an die damals regierenden Kaiser, Marcus Aurelius Antoninus und Lucius Verus, die Divi Fratres. Diese rescribirten, ein neuer Fall erfordere ein neues Mittel. Sie verordneten daher, daß wenn der Mann auf seinem Begehren beharre, das beste Auskunftsmittel sey, die Frau besichtigen zu lassen. Zu dieser Besichtigung sey das Haus einer bekannten angesehenen Frau auszuwählen, in welches die Domitia, so hieß die geschiedene

83) L. 1. §. 1. D. 4. 1.

Frau, kommen, und sich untersuchen lassen solle. Dieß solle durch drey kunsterfahrene und verpflichtete Hebammen geschehen, welche von dem Prätor dazu angenommen werden sollten. Befundeten nun entweder alle, oder wenigstens zwey derselben, daß sie die Frau für schwanger hielten; so solle man die Frau zu vermögen suchen, daß sie einen custos annehme, eben so als wenn sie ihn selbst verlangt hätte. Wenn hingegen alle, oder die mehresten auf ihre Pflicht aussagen, daß die Frau nicht schwanger sey; so sey kein Grund vorhanden zu einer Aufsicht über sie. Sie kann vielmehr gegen ihren Mann wegen der Injurie klagen, wenn er aus Haß gegen sie, und in der Absicht sie zu chikaniren, eine solche gerichtliche Untersuchung veranlaßt haben sollte.

Wir wollen nun den Ulpian, der uns dieses Rescript *libro XXIV. ad Edictum* aufbehalten hat ⁸⁴⁾, selbst reden lassen. Die Worte der *L. 1. pr. h. r.* lauten, wie folgt.

Temporibus DIVORUM FRATRUM cum hoc incidisset, ut maritus quidem ⁸⁵⁾ praegnatem mulierem diceret, uxor negaret ⁸⁶⁾; consulti, *Valerio*

84) Jo. Ortow. WESTENBERG, in Divo Marco. Dissertat. X, (*Operum a J. H. JUNGIO editor. Tom. III. pag. 115 — 122.*) hat dieses Rescript erklärt. Man sehe auch *Basilica Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 7. pag. 754.*

85) Viele Ausgaben, als Haloander, Miräus, Vanboja, Merlinus, u. a. lesen quidam.

86) Die Frau hatte sich hier von dem Manne getrennt, und läugnete vielleicht aus Haß gegen den Mann, daß sie von ihm schwanger sey, in der Absicht, ihn um das

Prisciano Praetori Urbano rescripserunt in haec verba.

Novam rem ⁸⁷⁾ *desiderare* RUTILIUS SEVERUS videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat, et se non esse praegnatam profiteatur, custodem apponat: et ideo nemo mirabitur, si nos quoque NOVUM CONSILIUM et REMEDIUM suggeramus. Igitur si perstat ⁸⁸⁾ in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae feminae domum, in qua DOMITIA veniat: et ibi TRES OBSTETRICES ⁸⁹⁾ probatae et artis

Rind zu bringen. L. 39. D. de poenis. L. 4. D. de extraord. criminib. L. 8. D. ad Leg. Cornel. de Sicar. S. Ant. SCHULTING ad PAULI Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 24. §. 7: (in Jurisprud. vet. Antejustin. pag. 314.) Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Tit. IV. Princ. III. Illat. 5. p. 144. und WESTENBERG c. l. §. 4.

87) *Nova res* i. e. res ante inaudita et inusitata. In diesem Sinne wird das Wort *novam* auch von den Classikern gebraucht. S. CICERO ad Atticum L. III. Ep. 24. CICERO pro Archia Poeta. Cap. 2. CORNEL. NEPOS in Eumene Cap. 8. S. WESTENBERG c. l. §. 3. und TROTZ de Memoria propagata Cap. II. §. 3.

88) I. e. perseverat. S. CICERO pro Roscio Com. IDEM de Officiis III. 9. So lesen auch einige Ausgaben, z. B. Bando; a Cestius.

89) Im Nothfall hält man auch schon eine vereidete Hebamme für hinreichend, wenn an dem Orte mehr nicht vorhanden sind. Arg. Nov. VII. Cap. 3. §. 2. S. Jo. Jac. WISENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XLIX. Th. 19. Man sehe jedoch Dav. SCHBINKMANN Diss. de oculari inspectione (Tubingae 1670.) §. 18 et §. 37. Jo. Nic. HART Diss. de inspectione oculari. §. 29. (in EJUS Commentation. et Opusc. se-

et fidei, quae a TE adsumtae fuerint, eam INSPICIANT: et si quidem vel omnes, vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit⁹⁰), ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset. Quod si entxa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere: ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam: si autem vel omnes, vel plures, non esse gravidam, renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit.

lect. Tom. III. pag. 264 sqq.) *Andr. Flor. RIVINI* Diss. de iudicio peritorum in arte, optimo litium dirimendarum iuris remedio. (Vitemb. 1755.) §. 9. und *Böner's* Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLV. §. 15. ff. Daß die Hebammen eben so, wie andere Zeugen, beeidiget werden müssen, wenn sie nicht schon für ihre Kunst mit einem allgemeinen Eide belegt worden sind, versteht sich. *S. VORR* Comment. h. t. §. 2. Die Inspectio ventris geht übrigens auf eine genaue Untersuchung und gründliche Beurtheilung aller Merkmale und Umstände, welche eine Schwangerschaft zu erkennen geben, oder nicht. *S. WESTENBERG* c. l. §. 9.

- 90) Die Kaiser haben hier den gemilderten Ausdruck *persuadere*, statt *cogere*, wohl unstreitig wegen der Neuheit des von ihnen eingeführten, bisher unbekanntem Mittels der Beschäftigung schwangerer Weiber gebraucht, so wie sie denselben auch in andern Fällen zu gebrauchen pflegten, wenn sie von der Strenge des Rechts abzuweichen, sich, *postulante utilitate*, bewogen fanden. *J. B. L. 1. §. ult. D. de lib. exhib.* *S. Ger. NoODT* de Usufructu Lib. I. cap. 8. Daß indessen diese Persuasion nicht den Sinn habe, als ob es dem Willen der Frau überlassen seyn solle, einen Aufseher anzunehmen, erhellet aus *L. 1. §. 3. et 7. D. h. t.* *S. WESTENBERG* c. l. §. 12.

Paulus hat in seinen *Sentent., Recept.* Lib II, Tit. 24. §. 7. das Resultat dieses Rescripts in folgenden Worten zusammengefaßt.

Si mulier se ex viro praegnantem negat, permittitur marito ventrem inspicere, et ventri custodes dari.

§. 1291. 2.

Erklärung des Rescripts nach Ulpian *L. 1. §. 1 — 9. h. t.*

Zur Erklärung dieses Rescripts bemerkt Ulpian 1) daß die beyden *Senatusconsulta de agnoscendis liberis*, von denen in dem vorigen Titel die Rede war, für den Fall, von welchem das Rescript spricht, keine Entscheidung enthalten hätten⁹¹⁾.

L. 1. §. 1. h. t. Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatusconsulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatam, vel etiam negaret: nec immerito: partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum⁹²⁾: post editum plane partum a

91) Den Unterschied zwischen jenen *Senatusconsultis*, und diesem Rescript entwickelt Vögtl *h. t. §. 1. S. auch Ger. Noödr in Julio Paulo Cap. III. (Oper. Tom. I. pag. 571.)*

92) *S. Marqu. FRENKEL Hagepyov s. Verisimil. Lib. I. Cap. 17. (in Thez. iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 883.)* und den 2. Th. dieses *Commentars* §. 114. Not. 71. S. 65. Man sieht jedoch, daß hier nur in Beziehung auf die *SCta de agnoscendis liberis*, und die *Interdicta de exhibendis et ducendis liberis* gesagt, werde, daß das Kind im Mutterleibe ein Theil des mütterli-

De inspiciendo ventre custodiendoque partu. 307

muliere, iam potest maritus iure suo filium per Interdictum desiderare, aut exhiberi sibi, aut ducere permitti²³⁾, extra ordinem. Igitur Princeps²⁴⁾ in causa necessaria subvenit.

2) Ehe jedoch zur gerichtlich physischen Untersuchung der Schwangerschaft geschritten werden darf, muß die Frau vor Gericht gefordert, und daselbst gefragt werden, ob sie sich für schwanger halte, oder nicht. Hierauf muß sie eine bestimmte Antwort geben. Antwortet sie nicht, oder erscheint sie auf den Befehl des Prätors gar nicht vor Gericht; so kann sie durch Zwangsmittel dazu angehalten werden. Denn die Strafe des Plancianischen Senatusconsults, daß nun der Mann das Kind nicht anzuerkennen brauche, findet hier nicht Statt, wo dem Manne daran gelegen ist, das Kind als sein Kind sich zu erhalten. Die zu gebrauchenden Zwangsmittel sind Auspändung oder Geldstrafe. Ulpian sagt:

§. 2. Secundum quod rescriptum evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interro-

gen Körperd sey. Denn für andere Beziehungen galt der Grundsatz nicht. Z. B. bey der *usucapio partus ancillae furtivae* wird dieses ausdrücklich geläugnet. L. 10. §. 2. *D. de Usurpat. et Usucap.* und L. 26. *D. de Verbor. Signif.* S. Jo. GOEDDAEI Commentar. in Tit. Pand. de Verbor. Signif. ad L. 26. cit. nr. 4. pag. 376 sq. (Sieger. Nassovior. 1597. 8).

93) S. *Lib. XLIII. Tit. 30. D. de liberis exhibendis item ducendis.*

94) Statt *Princeps* will Jo. VAN DE WATER *Observation. iur. Rom. Lib. III. Cap. 2. pag. 339. Praetor* lesen. Allein ohne Grund. Man sehe H. VOORBA *Thes. contr. Decad. XVI. §. 1.*

gari, an se putet praegnatem: cogendaque erit respondere.

§. 5. Quid ergo, si non responderit, aut non veniat ad Praetorem? numquid Senatusconsulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge, non esse eo contentum maritum: qui se patrem potius optet, quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis Praetoris, et in ius venire, et si venit, respondere: pignoraque eius capienda, et distrahenda, si contemnat: vel multis coercenda.

3) Sagt die Frau auf geſchehenes Befragen, ſie ſey ſchwanger, ſo muß die Vorſchrift des Plancianischen Senatusconsulti beobachtet werden. Lügnet ſie es aber, ſo muß der Prätor vermöge des Reſcripts Hebammen beſtellen, die ſie unterſuchen. Der Mann aber darf nicht für ſich eine Hebamme hinzuziehen, ſo wenig als die Frau; ſondern alle die Hebammen, welche zur Beſichtigung erforderlich ſind, müſſen vom Prätor ernannt werden. Der Prätor muß auch das Haus einer achtbaren Frau auswählen, in welcher die Beſichtigung vorzunehmen iſt.

§. 4. Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnatem? Ordo Senatusconsultis⁹⁵⁾ expositus se-

95) Mehrere Ausgaben leſen hier Senatusconsulti. Z. B. Haloander, Merlin, Baubozza, Miräus u. a. Ant. SCHULTING in Notis ad Dig. s. Pandect. a Smal- lenburg. edit. Tom. IV. ad h. §. pag. 378. zieht jedoch die florentinische Leſart vor, wegen §. 1. h. L. Soviel iſt indessen gewiß, daß hier nur vom Senatusconsulto Planciano die Rede ſeyn kann.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu. 309

quetur⁹⁶⁾: quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum Praetor debet obstetrices adhibere.

§. 5. Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a Praetore adhibendae sunt.

§. 6. Item Praetor domum honestae matronae eligere debet, in qua⁹⁷⁾ mulier veniat, ut possit inspici.

4) Widersteht sich die Frau der Besichtigung, oder findet sie sich in dem dazu bestimmten Hause gar nicht ein, so können auch hier angemessene Zwangsmittel gebraucht werden.

96) *Sequetur* ist hier soviel, als *servetur*, wie auch Einige lesen wollen. Allein die Ausleger sind hier einverstanden, daß Ulpian das Wort *sequetur* im passiven Sinn genommen habe, wie in den Pandecten gar nicht ungewöhnlich ist, daß Deponentia als Passiva gebraucht werden. Eine Menge Beispiele haben *Corn. van BRINKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. I. Cap. 25. Io. Ortwin. WESTENBERG in Divo Marco. Diss. X. §. 7. gesammelt. Man sehe auch Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. I. pag. 255. und Tom. IV. ad h. §. 4. pag. 378. und Joach. Jo. SCHWARTZ Specim. Observation. ad varia Jurisconsultor. veterum fragmenta. (Lugd. Batavor. 1750. 4.) Cap. II. §. 5.*

97) *Haloesander, Baudouja, Merlin* und mehrere andere Ausgaben, auch die neueste von *Bed* lesen in *quam*, und diese Lesart ist allerdings richtiger. Nicht ohne Grund nimmt *Gebauer* hier eine Gemination des Buchstaben *M.* an.

Quid ergo, si inspici se non patiat, vel ad domum non veniat? Aequae Praetoris auctoritas interveniet.

5) Haben alle, oder die meisten Hebammen, nach geschehener Untersuchung, ausgesagt, die Frau sey nicht schwanger; so kann der Mann, im Falle einer sich seiner Seite ergebenden Ehrliebe, wegen der Injurie belangt werden. Jedoch wird die Absicht, die Frau zu beleidigen, dadurch entfernt, wenn der Mann Grund hatte zu glauben, die Frau sey schwanger, oder wenn ihn der sehnsuchtsvolle Wunsch, einen Leibeserben zu erhalten, zur Veranstaltung einer Besichtigung verleitet, oder wenn die Frau ihn selbst dazu dadurch veranlaßt hatte, daß sie noch während der Ehe vorgab, sie sey schwanger. Diese Gründe müssen billig den Mann, gegen die Injuriensklage schützen ⁹⁸⁾.

§. 8. Si omnes, vel plures renuntiaverint; praegnatem non esse, an mulier possit iniuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto, agere eam iniuriarum posse: sic tamen, si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit. Ceterum, si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est, vel ipsa eam illexerat, ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingeat, aequissimum erit ignosci marito.

6) Haben hingegen alle, oder zwey von den Hebammen, welche die Frau untersucht haben, pflichtmäßig ausgesagt, daß sie die Frau für schwanger hielten, so kann der Mann auf Beyordnung von Aufsehern bringen,

98) L. 5. Cod. de Iniuriis. (IX. 55.)

welche die Frau annehmen muß, wie aus den oben angeführten Worten des Rescripts selbst erhellet⁹⁹⁾.

7) Endlich ist noch zu bemerken, daß das Rescript dem Manne keine gewisse Zeit vorschreibt. Hierin unterscheidet es sich vorzüglich von dem Plancianischen Senatusconsultum. Denn dieses setzt der geschiedenen Frau eine Zeit von dreißig Tagen zur Anzeige ihrer Schwangerschaft. Indessen pflegt doch auch hier der Prätor eine Untersuchung der Sache vorausgehen zu lassen, wenn der Mann noch nach dreißig Tagen die Besichtigung seiner geschiedenen Gattin verlangt.

§. 9. Meminisse autem oportet, *tempus non esse praestitutum Rescripto*: quamvis in Senatusconsultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. Quid ergo¹⁰⁰⁾? Semper¹⁾ dicemus marito licere uxorem ad Praetorem evocare? an vero et ipsi triginta dies praestituimus? Et putem, *Praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire.*

Von dem Hadrianischen Senatusconsultum de liberis agnoscendis unterscheidet sich hingegen das Rescript darin, daß jenes auch noch post partum iam editum Statt findet, dahingegen in diesem Falle das Rescript keine Anwendung mehr hat, sondern nun das Interdictum de exhibendis aut ducendis liberis gebraucht werden muß²⁾.

99) L. 1. pr. D. h. t.

100) Mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Miräus, Baudoza lesen: Quid igitur est?

1) Haloander und die angeführten haben: Semperno.

2) S. Voss Comm. h. t. §. 1.

§. 1292:

II. Edict des Prätors. L. 1. §. 10. D. h. t.

Der andere Fall ist, wenn die Frau erst nach des Mannes Tode sich für schwanger erklärt. Für diesen Fall machte der Prätor ein eigenes Edict bekannt. Sollte es vielleicht denselben Prätor zum Urheber haben, auf dessen Antrag jenes Rescript der Divorum Fratrum war erlassen worden ³⁾? Ulpian hat uns das Edict selbst L. 1. §. 10. h. t. in folgenden Worten aufbehalten. De inspiciendo ventre, custodiendoque partu sic PRAETOR ait:

Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum ⁴⁾, bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur

3) Daß wenigstens nach dem Edictum perpetuum das Edictum der Prätores, wenn es auch mit dem zunehmenden Einfluß der kaiserlichen Rescripte seltner geworden seyn mochte, doch nicht ganz aufgehört habe, ist jetzt allgemein angenommen. S. Stegm. Wlh. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 1. Abth. §. 40. S. 131 — 133. Jedoch scheinen ihre neuen Edicte mehr nur supplendi, wie das gegenwärtige, als corrigendi iuris civilis gratia proposita zu seyn. S. Chr. Frid. MÜHLENBRUCH Doctrina Pandectar. Vol. I. §. 6. pag. 15.

4) Haloander, Baudoja, Merlin, Miträus, u. a. auch Bed lesen procuratoribus eorum. Damit stimmen auch die Basilica Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 7. Const. un. überein, wo es heißt: ἡ προκοράτωσιν αὐτῶν. In den nachher folgenden Worten ist auch immer der Pluralis gebraucht.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu. 313

autem mulieres liberae dumtaxat QUINQUE: haeque simul omnes inspiciant: dum ne qua earum, dum inspicit, invita muliere, ventrem tangat. Mulier in domo honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus⁵⁾ custodiant. Quotiescumque ea mulier in id conclave, aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant: et eos, qui introierint, excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier, cum parturire incipiat, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque: ita ut, praeter obstetrices duas, in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem: ancillae, quam sex. Hae, quae intus futurae erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnas sit. Tria lumina, nec⁶⁾ minus, ibi sint:

5) In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXXI. Tit. 7. pag. 755. heißt es: καὶ δύο στρατιῶται φυλάττουσιν, i. e. cum binis militibus custodiant.

6) Die Lesart *nec*, welche Haloander, Baudouin, Metlins u. a. auch *Wec* haben, ist dem ne der florentinischen Lesart unstreitig vorzuziehen.

*scilicet, quia tenebrae ad subiiciendum aptiores sunt*⁷⁾. *Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. Apud eum educetur*⁸⁾, *apud quem parens iusserit. Si autem nihil parens iusserit, aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiet, apud quem educetur, causa cognita constituam. Is, apud quem educabitur, quod natum erit, quoad trium mensium sit, bis in mense: ex eo tempore, quoad sex mensium*⁹⁾ *sit, semel in mense: a sex mensibus, quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculo, quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat. Si cui ventrem inspicere, custodiri, adesse*¹⁰⁾ *partui licitum non erit, factumve quid erit,*

7) Die Worte scilicet — aptiores sunt, sind nicht Worte des Edicts, sondern Glossen eines Rechtsgelehrten. S. Ant. SCHULTING. Not. ad Dig. s. Pand. Tom. IV. pag. 378. und VOORDA Thes. contror. Dec. XVI, §. 3.

8) So lesen Baudouza und Merlinus; und diese Lesart scheint richtiger zu seyn, als das *educatur* in der florentinischen Ausgabe, welches vielleicht, wie Brenkmann bemerkt, durch das Vorhergehende *ostendatur* veranlaßt worden ist. Haloander, Miräus und Bgä haben jedoch die florentinische Lesart beygehalten.

9) In der florent. Ausgabe heißt es *mensum*, statt *mensium*, welches an mehreren Orten der florentinischen Mandecten vorkommt, und selbst den Classikern nicht fremd ist, wie *Scip. GENTILIS* Parerg. ad Pandectas. Lib. I. cap. 33. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. IV, pag. 130.) durch mehrere Beispiele erwiesen hat.

10) Die florentinische Ausgabe hat: *custodiri, adesse*. Allein die haloandrische Lesart, welcher auch Miräus

De inspiciendo ventre custodiendoque partu. 315

quominus ea ita fiant, uti supra comprehensum est, ei, quod natum erit, possessionem causa cognita non dabo: sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit. Quas utique actiones me datum polliceor his, quibus ex Edicto meo bonorum possessio data sit: eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo.

Vermöge dieses Edicts soll also die Frau, wenn sie sich, nach dem Tode ihres Mannes, für schwanger erklärt, denjenigen, welchen solches zu wissen nöthig ist, das heißt, welche wegen der Erbschaft des Mannes dabey theilhaftig sind, oder deren Anwälten binnen einem Monat, also binnen 30 Tagen, und zwar zweymal die Anzeige davon machen, damit sie wegen der näheren Untersuchung der Schwangerschaft die nöthigen Veranstaltungen treffen können. Diese bestehen nun in folgender gesetzlicher Anordnung.

Es sollen Weiber, und zwar fünf freye Weiber, geschickt werden, welche alle zugleich die Frau besichtigen sollen, jedoch so, daß keine derselben den Leib der Frau, wider ihren Willen, bey der Besichtigung berühren darf. Die Entbindung soll dann in dem Hause einer ehrbaren Frau geschehen, welches vom Prätor zu bestimmen ist. Sie soll aber ihre herannahende Niederkunft, dreysig Tage vorher denjenigen, welche dabey theilhaftig sind, oder deren Bevollmächtigten, bekanntmachen, um für genaue Aufsicht Sorge zu tragen, und zwar soll hier folgende Vorsicht gebraucht werden.

In dem Zimmer, worin die Entbindung geschieht, soll nicht mehr, als eine Thüre, zum Ein- und Ausgang

und Besten Vorzug gegeben haben, ist weit verständlicher.

gelassen, die übrigen Thüren, welche etwa noch darin befindlich sind, sollen verschlossen, und von innen und außen mit Brettern versperrt werden. Vor dem Eingange dieses Zimmers sollen sechs freye Personen, drey männlichen, und drey weiblichen Geschlechts, unter militairischer Aufsicht von zwey Mann, die Wache halten. Diese Wächter sollen auch, wenn sich die Frau in ein anderes Zimmer, oder ins Bad begeben will, sich vorher sorgfältig darin umsehen, und diejenigen, welche in ein solches Zimmer, oder in das Haus eingehen, genau durchsuchen. Treten die Kennzeichen der baldigen Niederkunft ein; so soll die Frau solches nochmals denen anzeigen, welche dabey interessirt sind, oder auch deren Bevollmächtigten, daß sie Personen schicken, in deren Gegenwart sie entbunden wird. Dieß sollen wenigstens fünf freye Weiber seyn, jedoch so, daß in dem Zimmer, worin die Frau niederkommt, außer zwey Hebammen, nicht mehr als zehn freye Weiber, und sechs Sklavinnen gegenwärtig seyn sollen. Auch sollen die Weiber, welche in dieses Zimmer gelassen werden, sich vorher durchsuchen lassen, damit nicht eine unter ihnen schwanger sey. Damit nun aber auch alles verdächtige Dunkel entfernt werde; so sollen drey Lichter, und nicht weniger, in diesem Zimmer brennen.

Ist das Kind zur Welt geboren, so soll es denen, welchen daran gelegen ist, vorgezeigt werden, wenn sie dasselbe in Augenschein zu nehmen verlangen. Erzogen soll es aber bey dem werden, den der Vater dazu bestellt hat. Hat der Vater deshalb keine Anordnung gemacht, oder will derjenige, dem der Vater die Erziehung übertragen hat, diese Sorge nicht übernehmen; so muß der Richter wegen der Erziehung des Kindes das Nöthige anordnen.

Damit man ferner von dem Leben des Kindes versichert seyn könne, soll derjenige, bey welchem es erzogen wird, dasselbe zu gewissen Zeiten vorzeigen, nämlich so lang bis das Kind drey Monat alt ist, zweymal in einem Monat, von dieser Zeit an, bis es sechs Monat alt, einmal des Monats, von sechs Monaten an, bis es ein Jahr alt ist, einen Monat um den andern, und von einem Jahre an, solange, bis das Kind reden gelernt hat, alle sechs Monate einmal.

Hat die Frau diese Vorschriften nicht beobachtet, so hat sie keinen Anspruch auf die *Bonorum possessio ventris nomine*¹¹⁾, und das Kind verliert die *Bon. poss. ex Edicto Carboniano*¹²⁾, jedoch nach richterlichem Ermessen¹³⁾.

§. 1292. a.

Ulpian's Erklärung des Edicts *L. 1. §. 11—15. h. t.*

Ulpian bemerkt hier, das Edict sey zwar leicht zu verstehen, dennoch aber wolle er die Auslegung desselben nicht ganz übergehen. Er erklärt daher zuerst die Worte des Edicts: *his, ad quos ea res pertinebit*, und ver-

11) *§. Lib. XXXVII. Tit. 9. Dig. de ventre in possessionem mittendo.*

12) *Lib. XXXVII. Tit. 10. Dig. de Carboniano Edicto.*
§. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VI, Not. g. pag. 85. und Egid. von Böhr über die B. P. ex Edicto Carboniano. (im Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts und der Gesetzgeb. von Grolman 2. B. S. 451 ff.)

13) *§. von Wening, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Eivilrechts. 3. B. §. 28. a. E.*

steht darunter die Erbinteressenten des Mannes, welche in dem Falle, da keine Schwangerschaft vorhanden ist, Anspruch auf des Mannes Verlassenschaft haben.

§. 11. *Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius.*

§. 12. *Denuntiare igitur mulierem oportet his scilicet, quorum interest, partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem eius, sive ab intestato, sive ex testamento.*

Unter den Erbinteressenten sind aber doch nur diejenigen zu verstehen, welche die nächste Hoffnung zur Erbschaft des Mannes haben. Hat daher derselbe einen Erben eingesetzt, und diesem einen Andern substituirt; so braucht die Wittve ihre Schwangerschaft nur dem Erben, nicht dem Substituten, anzuzeigen.

Ist der Mann ohne Testament gestorben, so geschieht die Anzeige nur den nächsten Intestaterben. Sind jedoch mehrere Miterben vorhanden, so muß die Wittve ihre Schwangerschaft allen bekannt machen.

§. 14. *Denuntiari autem oportet his, quos proxima spes successione contingit: ut puta primo gradu heredi instituto: non etiam substituto: et, si intestatus paterfamilias sit, his, qui primum locum ab intestato tenent: si vero plures sint simul successuri; omnibus denuntiandum est.*

Zur Erklärung der letztern Worte des Edicts, bemerkt Ulpian noch, daß Einfalt und Unkunde der Mutter dem Kinde nicht zum Nachtheil gereiche; so wie denn auch die Vernachlässigung einer solchen Bestimmung, wor-

De inspiciendo ventre custodiendoque partu. 319

auf in der Hauptsache nicht so sehr viel ankommen soll, kein Grund sey, dem Kinde die *honorum possessio* zu versagen. Z. B. es haben vor der Stube, worin die Entbindung geschah, nicht drey, sondern nur zwey Wächter gestanden. Wenn also gleich sonst die Unkunde der Rechte bey der *Bonorum possessio* auch nicht einmal den Frauenspersonen zur Entschuldigung gereicht¹⁴⁾; so soll doch diese Strenge hier nicht schlechterdings Statt finden, sondern der Prätor hat sich hier die *Cognition* vorbehalten, wenn die Vorschriften des *Edicti* nicht befolgt worden sind¹⁵⁾. Ulpian sagt:

§. 15. Quod autem Praetor ait: *causa cognita se: possessionem non daturum, vel actiones denegaturum*, eo pertinet, ut si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his, quae Praetor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his, quae leviter observanda Praetor edixit, non sit, factum, partui denegari *honorum possessionem*?

Ueberhaupt soll hierbey zugleich auf den Gebrauch eines jeden Landes Rücksicht genommen, und dieser beobachtet werden, wie Ulpian noch zuletzt hinzufügt.

Sed mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem et partum, et infantem oportet.

Heutzutage wird jedoch diese Förmlichkeit bey Untersuchung der Schwangerschaft einer Wittwe gewöhnlich

14) L. 6. *Cod. Qui admitti ad bon. possession. possunt.*

15) *S. Cass. COSTAE Variar. ambiguitatum. iuris Lib. II. Cap. 3. (in Thes. I. R. Otton. Tom. IV. pag. 1211.)*
und VORT *Comm. ad Pand. h. t. §. 4.*

nicht mehr beobachtet. Darin sind alle practische Juristen ¹⁶⁾ einverstanden. Daß auch heutzutage die Wittwe, welche sich für schwanger hält, ihre Schwangerschaft denen anzeigen müsse, welche wegen der zu hoffenden Erbfolge dabey interessirt sind, hat keinen Zweifel. Zwar will Leyser ¹⁷⁾ auch selbst die Anzeige nicht einmal mehr für schlechterdings nothwendig halten; er sagt, sie sey der Wittwe nur nützlich, um allen Verdacht der Unterschlebung eines Kindes zu entfernen, und sich den Beweis der Geburt zu erleichtern; in dieser Hinsicht hätten sie die Röm. Gesetze der Wittwe bloß angerathen, aber nicht vorgeschrieben. Allein das Gegentheil ergibt sich aus den Worten des Edicts, und der mit Vernachlässigung der Vorschrift desselben verknüpften Strafe. Richtiger behauptet Berger ¹⁸⁾, daß die Wittwe durch die unterlassene Anzeige zwar nicht dem Kinde, aber sich allerdings in Rücksicht der *honorum possessio* präjudicire. Wenn nun auch gleich heutzutage die in dem Edict des Prätors vorgeschriebene Förmlichkeit nicht mehr beobachtet wird; so geschieht doch die Untersuchung der Schwangerschaft gewissermassen noch mit mehrerer Vorsicht als bey den Römern. Denn Erstens wird die Untersuchung nicht den Hebammen allein anvertraut, sondern sie geschieht unter der Leitung des gerichtlichen Arztes, oder sie wird einem

16) G. SCHILTER Praxis iuris Rom. Exercit. XXXVI. §. 125. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2. Mich. God. WERNER Lectissim. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 508.

17) Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXVI. medit. 2. et 3.

18) Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. III. Th. 15. Not. 16.

geübten Geburtshelfer übertragen ¹⁹⁾). Das Röm. Recht hat freylich, in Rücksicht auf weibliche Schaamhaftigkeit, die Untersuchung eines weiblichen Körpers auch Frauen anvertrauen zu müssen geglaubt, allein diese Berücksichtigung kann, wie ein sehr angesehener Lehrer der gerichtlichen Medicin ²⁰⁾ sagt, hier um so weniger Statt finden, als wahre Schaamhaftigkeit nur durch unsittliche Handlungen, nicht aber durch solche, welche die Gerechtigkeit fordert, verletzt werden kann, und man überdies durch die anständige Art, womit die ärztliche Untersuchung geschehen muß, selbst das Zartgefühl des Weibes hinreichend zu schonen vermag. Zweytens ist auch die römische Art der Besichtigung, bey aller ihrer Förmlichkeit, dennoch unvollkommen, weil nach dem Edict den Hebammen, bey der Besichtigung, den Leib der Frau wider ihren Willen zu berühren, nicht erlaubt ist ²¹⁾). Daß nach gescheneher Besichtigung, wenn die Wittwe wirklich schwanger befunden wird, diejenigen, welchen wegen der Erbsfolge daran gelegen ist, die Anordnung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln durch eine anständige Aufsicht, welche einer ehrbaren und vertragsamen Matrone übertragen zu werden pflegt, verlangen können, bringt die Natur der Sache mit sich, es ist auch hierin das römische Recht nicht aufgehoben ²²⁾).

19) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. S. 43.

20) Mende im Handbuche der gerichtlichen Medicin. 2. Th. S. 99. S. 44.

21) S. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. S. 46.

22) S. LARZA cit. Specim. medit. 4. et 5. pag. 424. Von Wenig, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Band. S. 28. Man vergleiche auch das allge-

§. 1292. b.

Erklärung der übrigen Rechtsgelehrten, des Julianus, Paulus, und Scävola. L. 2. 3. et 4 h. t.

Die folgenden Gesetzstellen dieses Titels enthalten die Erklärungen des Julianus, Paulus und Scävola, und bedürfen einiger Erläuterung.

1) Die L. 2. h. t. ist aus JULIANI libro XXIV. Digestorum genommen, und lautet so.

Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est. §. 1. Sed hoc aliquando remittere Praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur.

Die Anfangsworte dieser Stelle versteht man gewöhnlich so, daß der Prätor in dem Edict de custodiendo partu dem Kinde die bonorum possessio ex Edicto Carboniano versage, wenn die Mutter die Vorschriften jenes Edicts nicht beobachtet hat ²³⁾. Das derogatorium soll also soviel, als denegatorium seyn. Dionysius Gothofredus ²⁴⁾ bemerkt, daß Albericus auch so gelesen zu haben scheint. Wie kann aber, sagt die Glosse, das factum der Mutter dem Kinde schaden? In der Hauptsache der Filiation wohl nicht, antwortet sie, wenn das Kind diese beweisen kann, aber doch insofern, daß aus der Vernachlässigung der Mutter

meine Preuss. Landrecht. 2. Th. 2, Tit. 1. Abschn. §. 26 — 36.

23) S. die Glosse zu dieser L. 2. und Porzina Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. pag. 86.

24) Not. 63. nach der van Leeuwenschen Ausgabe.

die Vermuthung gegen das Kind erwächst, es sey nicht von ihrem verstorbenen Manne. Es kann ihm daher wohl die *honorum possessio Carboniana* dereinst versagt werden, wenn es nicht wenigstens einige Wahrscheinlichkeit für sich hat, daß es ein rechtmäßiges Kind des verstorbenen Erblassers sey. Warum sagt denn aber Julian *ad Carboniani decreti exemplum*? Einem unmündigen Kinde des Erblassers, dem sein Status, und sein Erbrecht zugleich bestritten wird, stehe ja die *honorum possessio ex edicto Carboniano directo* zu. Die Glosse antwortet: *ad exemplum antiqui solennis datur hodie utile, cui hic derogatur*. Anders erklärt die Worte: *ad Carboniani decreti exemplum*, Cujaz²⁵⁾. Der Prätor Carbo, sagt er, habe zuerst in seinem Edict einen *impubes*, welchem Erbrecht und status zugleich bestritten wird, *causa cognita*, d. h. decreto interposito, in den Besitz der bestrittenen Erbschaft zu immittiren versprochen, und zwar dergestalt, daß der Beweis der rechtmäßigen Abstammung von dem Erblasser bis zur erlangten Pubertät aufgeschoben werden, und er in der Zwischenzeit die *Alimenta* aus der Erbschaft ziehen solle. *Ad exemplum huius Edicti, quod erat annuum* (so wie auch die *iurisdictio Praetoris* nur *annua* gewesen)²⁶⁾ hätten die nachfolgenden Prätores eine gleiche *honorum possessio* versprochen. Wie nun nachher unter Hadrian aus den *edictis Praetorum annuis* das *Edictum perpetuum* sey ver-

25) Commentar. in Lib. XXIV. Digestor. Salvii Juliani ad L. 7. D. de Carbon. Edicto, et L. 2. D. de ventre inspicio. (in *Opp. postum. a FABRO edit.* Tom. III. pag. 179.)

26) §. 1. I. de perpet. et temporalib. actionib.

fertiget worden; so habe unser Julian, dem R. Hadrian die Verfertigung dieser Sammlung aufgetragen, auch das Carbonianische Edict mit in das Edictum perpetuum aufgenommen. Daher komme es denn, daß man jetzt sage, den Unmündigen werde die *honorum possessio* nicht sowohl ex Carboniano edicto, als vielmehr ex Edicto perpetuo *ad exemplum et similitudinem Carboniani* gegeben.

Allein alle diese Erklärungen sind unrichtig. Es ist hier nicht von dem Edicto Carboniano, sondern von dem Edicto de ventre in possessionem mittendo die Rede. Dieß erhellet ganz klar daraus, weil Julian nachher sagt, der Prätor müsse zuweilen Nachsicht eintreten lassen, wenn die Unterlassung dessen, was das Edict de ventre inspiciendo et custodiendo partu vorschreibt, nicht aus Bosheit, sondern aus Unverstand und Unkunde des Weibes geschehen ist. Mit Recht konnte aber auch Julian das Edictum de ventre in possessionem mittendo ein solches nennen, *quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est*. Denn vermöge dieses Edicts giebt der Prätor der schwangern Wittwe die Immission in die Güter ihres verstorbenen Gatten, um während ihrer Schwangerschaft die Alimente aus der Erbschaft zu genießen, und dem künftigen Leibeserben ihres Mannes die Erbschaft zu erhalten, jedoch nur in dem Falle, wenn das Kind, welches sie trägt, sofern es schon geboren wäre, nach dem edictum Carbonianum die Immission selbst fordern könnte ²⁷⁾. Wird.

27) L. 1. §. 2. et 11. in fin. D. de ventre in possess. mitt. S. von Wening, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. Buch V. §. 205.

ihr nun die Schwangerschaft, oder die Behauptung, daß sie von ihrem verstorbenen Gatten schwanger sey, in Streit gezogen, so interponirt der Prätor ein Decret *ad exemplum Carboniani Edicti*, wie folgende Stelle aus Ulpian's *libro XLI. ad Edictum* ausser Zweifel setzt:

L. 1. §. 14. *D. de ventre in possessionem mittendo.* Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse, vel fuisse, vel ex eo praegnas non esse contendatur; decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani Edicti. Et ita DIVUS HADRIANUS Claudio Proculo Praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret: et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est: sed ventrem in possessionem mitti oportet. — §. 15. Et generaliter, ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero Praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire Praetorem debere non dubitamus. eo facilius, quo favorabilior est causa partus, quam pueri; partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat: puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est: qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur.

Auf diesen richtigen Weg der Auslegung ist zuletzt auch die Glosse gerathen, welche ihrer ersten Erklärung noch die zweyte hinzufügt, in den Worten:

„Vel dic, hic loqui de *Edicto de ventre in possessionem mittendo*, cui haec derogat, ut mulier possit remitti, nisi servaverit solennia huius Edicti, illud enim est ad exemplum Carboniani, ut infra de ventre in possessionem mittendo.

2) Die *L. 3. h. t.* ist aus PAULI libro XIV. ad Plautium.

Qui ventri *substitutus* est, vel institutus, si ventrem servare velit, audiendus est.

Oben sagte Ulpian ²⁸⁾, wenn dem eingesetzten Erben ein Anderer substituirt worden ist, so sey es genug, wenn die Anzeige der Schwangerschaft nur dem Erben geschieht. Hier ist es nun aber anders, wenn dem ventri, d. h. dem noch ungeborenen Kinde ²⁹⁾ ein Erbe substituirt worden ist. Dieß kann wohl mit der Glosse nur von dem Falle verstanden werden, wenn der postumus zum Erben eingesetzt worden, und auf den Fall, wenn kein Kind geboren werden sollte, ein Anderer substituirt worden ist. Denn ist das Kind enterbt, so giebt der Prätor der Wittve keine *honorum possessio ventris*

28) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

29) Das Wort *venter* wird also in diesem Titel in zweyerley Bedeutung genommen, 1) für die schwangere Frau, wie z. B. wenn von der *missio ventris in possessionem* die Rede ist. *L. 30. §. 1. D. de acquir. vel omit. hered.* 2) für die noch ungeborene Leibesfrucht. Z. B. *venter est institutus vel exheredatus. L. 30. §. 2. D. eodem. venter praeteritus est. L. 84. D. eadem.* C. BRISSONIUS de Verb. Signif. Voc. *Venter.* und Alph. a CARRANZA de partu naturali et legitimo. Cap. II. Princ. nr. 1. pag. 66.

nomine ³⁰⁾, weil die Wittve sie nur in dem Falle erhält, wenn dem Kinde, als geböhren, die honorum possessio zustehen würde ³¹⁾. Diese aber giebt der Prätor keinem rite enterbten Kinde ³²⁾. Es müßte denn der venter unter der Bedingung enterbt worden seyn, wenn ein Sohn geböhren werden sollte. Hier kann die Wittve die Immissio erhalten, weil es ungewiß ist, ob nicht auch eine Tochter geböhren werden kann ³³⁾.

Ist nun also Jemand dem postumus substituirt worden; so muß diesem Substituten die Schwangerschaft von der Wittve, zur Wahrnehmung seines Interesse, angezeigt werden. Denn ihm ist propter spem successionis daran gelegen, ut venter servetur. Von was für einen Substituten aber hier die Rede sey, ist unter den Auslegern streitig. Anton Schulting ³⁴⁾ nimmt einen vulgariter substitutum an. Bartolus, auch Dion. Gothofredus einen Pupillar-Substituten. Anton Faber ³⁵⁾ hat diese Meinung weitläufig zu widerlegen gesucht. Allein ohne hinlänglichen Grund. Denn es kann ja auch einem postumus pupillariß substituirt werden ³⁶⁾, und überdem begreift ja bey der Substitution der Unmündigen, nach einer Verordnung der Kaiser Divus Marcus und Verus, der eine ausgedruckte Fall den andern immer stillschweigend unter sich ³⁷⁾.

30) L. 1. §. 2. D. de ventre in possess. mitt.

31) L. 1. §. 11. D. eodem. L. 10. in fine D. eodem.

32) L. 8. D. de Bon. pass. contra tabb.

33) L. 1. §. 3. D. de ventre in pass. mitt.

34) Notae ad Dig. 4. Pand. Tom. IV. ad h. L. 3. pag. 38a.

35) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XXXIII. Err. 3.

36) L. 2. pr. D. de vulg. et pupill. substitut.

37) L. 4. pr. D. eodem. L. 4. Cód. de impuber. et aliis

Wenn Paulus sagt: *vel institutus*, so kann man dieß entweder so verstehen, daß der Erbe, *ventre praeterito*, oder zugleich mit ihm eingesetzt worden ist. Wenn er endlich hinzufügt, *si ventrem servare velit, audiendus est*; so heißt dieß wohl nichts anders, als daß hier der Substitut die Anordnung der in dem Edict wegen der *custodia ventris* vorgeschriebenen Maßregeln verlangen könne. Die Glosse erklärt das Wort *servare* durch *inspicere*. Allein von einer Untersuchung der Schwangerschaft kann wohl hier keine Frage weiter seyn; *servare* heißt hier vielmehr soviel, als *custodire*, in welcher Bedeutung dieses Wort öfters gebraucht wird³⁸⁾. So erklärt diesen Ausdruck auch Dion. Gothofredus.

3) Das letzte Fragment ist aus Scävola's *libro XX. Digestorum* genommen.

Is, a quo, si sine liberis decessisset, quidquid ad eum ex bonis pervenisset, sorori fideicommissum relictum erat, decessit, postuma herede instituta³⁹⁾, et substitutis aliis. Quaesitum est, cum uxor, defuncti praegnatem se dicat, an sorori, procuratorive eius, secundum formam Edicti, ventrem inspicere, et partum custodire permittendum sit? Respondi, in eiusmodi specie, de qua quaereretur, posse videri ad eius, cui fideicommissum datum esset, sollicitudinem

substitut. S. Claud. CHIFLETHI Tr. de Substitutionibus. Cap. XIV. (in *Thes. Jur. Rom.* Otton. Tom. V. pag. 709. sq.) und Ge. D'ARNAUD Vitae Scaevolarum. (Traj. ad Rhen. 1767. 8.) §. 34. pag. 95.

38) S. BAISSONIUS de Verb. Signif. Voc. *Servare.* nr. 5.

39) Halqander heißt hier postumo herede instituto. Allein die Vulgata stimmt hier mit der Florentina überein.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu. 329

perspiciendum ⁴⁰⁾, idque causa cognita statuendum.

Scävola giebt hier noch ein Beispiel, daß auch der Fideicommissar *custodiam partus* verlangen könne. Der Fall ist folgender. A. hat den B. zum Erben eingesetzt, jedoch verordnet, daß wenn er ohne Kinder sterben sollte, er die ganze Erbschaft der Schwester des Erblassers als ein Fideicommiss restituirten solle. Der Erbe starb, und hinterließ eine schwangere Frau. Das noch ungebohrne Kind hatte er jedoch zum Erben eingesetzt, und demselben noch andere substituirt. Es entstand die Frage, ob nicht die Schwester des Testirers wegen des Fideicommisses berechtigt sey, eine nähere Untersuchung der Schwangerschaft der Wittwe des Erben, und demnächst die *custodia partus* zu verlangen? Scävola respondirt, daß unter den vorliegenden Umständen die Schwester des Erblassers allerdings die Anordnung der im Gesetz vorgeschriebenen Massregeln verlangen könne. Ein Zweifelsgrund war freylich, daß der verstorbene Erbe noch andere substituirt hatte; allein ward kein Kind geboren, so könnten der Schwester des Erblassers ihre aus dem Testamente zustehenden Ansprüche auf das Fideicommiss durch keine Substitution vereitelt werden. Sie war also hier wegen des Fideicommisses, daß ihr unter der Bedingung, wenn der eingesetzte Erbe ohne Kinder versterben würde, hinterlassen worden, zunächst interessirt ⁴¹⁾.

40) *Syaloander, Bauboga und Merlin, auch Beä lesen prospiciendum. Brenkmann substituirt respiciendum.* Eben so *Ant. SCHULTING in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 380.*

41) *S. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. i. pag. 85.*

Lib. XXV. Tit. V.

Si ventris nomine mulier in possessionem
missa, eadem possessio dolo malo ad
alium translata esse dicatur.

§. 1293.

Edict des Prätors. L. 1. D. h. t.

Ein anderes Edict bestraft den Betrug, dessen sich eine schwangere Wittve, welche in den Besitz der Güter ihres verstorbenen Mannes immittirt worden ist, dadurch schuldig macht, daß sie diesen Besitz arglistig einem Andern einräumt. Das Edict selbst hat Gerh. Nooß⁴⁹⁾ auf folgende Art restituirt.

Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicetur, adversus eam, eumve, in cuius potestate ea fuerit, quanti actoris interfuerit, actionem dabo. Nec minus in eum, qui per dolum in possessionem venit, ab ea decedere cogam.

49) Commentar. ad Dig. h. t. (Opp. Tom. II. pag. 535.)

Man sehe auch WESTENBERG Princip. iur. secundum ord. Digest. h. t. §. 3.

Nach dem Edict des Prätor's, von welchem an einem andern Orte in den Pandecten ⁴³⁾ die Rede ist, soll zwar eine schwangere Wittwe die Immission in den Besitz der Güter ihres verstorbenen Mannes, nebst dem Rechte die Alimente aus der Erbschaft zu genießen, ventris nomine, d. h. zur Sicherung der Ansprüche des noch ungebohrnen Leibeserben desselben, erhalten; est enim acquissimum, sagt Ulpian ⁴⁴⁾, partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est: und diesen Besitz behält sie, bis man sieht, was es mit ihrer Schwangerschaft für einen Ausgang gewinnt ⁴⁵⁾. Allein es darf diese Immission nicht zu Betrügereyen Anlaß geben, und dasjenige, was der Prätor zum Besten des noch ungebohrnen Leibeserben des verstorbenen Mannes angeordnet hat, Andern zum Raube dienen. Eine solche Betrügerey wird begangen 1) wenn die Wittwe sich immittiren läßt, um den Besitz der Güter ihres Mannes einem Andern einzuräumen; 2) wenn sie sich arglistig für schwanger ausgiebt, um die Immission ventris nomine zu erhalten ⁴⁶⁾. Auf den ersten Fall geht das Edict des Prätor's, von welchem in diesem Titel die Rede ist.

Bermöge dieses Edict's giebt nun der Prätor eine actio in factum auf Leistung alles Interesse nicht nur

43) *Lib. XXXVII. Dig. Tit. 9. de ventre in possessionem mittendo.*

44) *L. 1. §. 11. D. eod. tit.*

45) *L. 1. §. 27. D. eodem.* Tam diu autem ventris in possessione esse debet, quamdiu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit eam non esse praegnatem.

46) Man sehe hier vorzüglich *Alphons. a CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. II. §. 2. nr. 28. sq. pag. 193. 299.*

gegen das Weib, welches die Immissio erhalten, und den erhaltenen Besitz wieder einem Andern dolose eingeräumt hat, sondern auch gegen denjenigen, in dessen Gewalt sie sich befindet, sofern derselbe an dem Dolus Antheil genommen hat, oder auch sonst dadurch bereichert worden ist. Das Interesse des Klägers kann z. B. darin bestehen, daß der Besizer die Früchte der Erbschaft in gutem Glauben consumirte, oder wenn er im bösen Glauben war, die Früchte, die er genossen hat, wegen Insolvenz, nicht zu vergüten vermag. Gegen denjenigen, welcher dolose in den Besitz gekommen ist, soll nicht gleich so, wie etwa gegen denjenigen, der demissus in possessionem Besitz zu nehmen hindert⁴⁷⁾, mit executiver Gewalt verfahren werden; sondern er soll mittelst eines Interdicts im ordentlichen Wege des Rechts den Besitz zu räumen genöthiget werden⁴⁸⁾. Die actio praetoria in factum ist jedoch eine actio rei persecutoria, und findet auch noch nach Ablauf eines Jahres Statt, d. h. sie ist eine actio perpetua, und nicht infamirend. Sie steht demjenigen zu, welcher dabey theilhaftig ist, daß der Besitz, welchen die Frau ventris nomine erhalten hat, von ihr arglistig auf einen Andern übertragen worden ist, so wie auch desselben Erben, und wird gegen das Weib, oder auch gegen dessen Vater, in dessen Gewalt sie noch ist, angestellt, insofern nämlich derselbe an dem Betrüge Antheil genommen hat. Sie geht gegen den, der sich des Dolus schuldig gemacht hat auf Leistung des vollen Interesses, gegen die Erben aber, oder gegen den unschuldig

47) L. 3. pr. D. Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

48) S. Jul. Paciva *Εναντιοφανων* s. Legg. conciliatar. Centur. VII. Quaest. 13. pag. 508.

gen Vater findet sie nach der Analogie des Röm. Rechts nur in soweit Statt, als sie durch die unerlaubte Handlung der Besitzübertragung bereichert worden sind, weil diese Klage aus einem Delict entsteht⁴⁹⁾; nach dem Canonischen Rechte aber, welches wir heutzutage befolgen, findet sie gegen die Erben unbedingt Statt, soweit die Erbschaft zu reicht⁵⁰⁾.

Ulpian hat uns in der aus desselben *Libro XXXIV. ad Edictum* excerpirten *L. 1. h. t.* von diesem Edict des Prätors Folgendes aufbehalten.

Hoc Edicto rectissime Praetor prospexit, ne dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebet.

§. 1. *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit; Non solum mulierem Praetor coërcet, verum eum quoque, in cuius potestate ea fuerit: scilicet si dolo ipsorum⁵¹⁾ alius in possessionem fuerit admissus: actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit eius, qui experitur⁵²⁾.*

49) *G. Jo. Voss* Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t.

50) *КЛЕМЕНСКОЕ* Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

51) *Henr. Jo. ARNTZENIUS* Miscellaneor. Libr. Cap. XV. pag. 171. meint *ipsorum* stehe hier per Enallagen für *ipsius*. Allein da hier von dem Dolus mehrerer Personen die Rede ist, so wäre *ipsius* offenbar unrichtig. Der Pluraks wird ja auch in den folgenden Worten *pollicetur in eos* gebraucht.

52) Der Interessent kann hier nicht nur der Erbe, Testaments, oder Intestaterbe, sondern auch ein Legatar,

§. 2. *Necessario Praetor adiecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere.* Cogget autem eum decedere, non Praetoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum³³⁾ ad ius ordi-

ober Fideicommissar seyn. *L. un. §. 8. 9. et 10. D. Si mulier ventris nomine. C. Amad. Eckoltz Conpendiar. Pand. Tractat. h. t. §. un.*

- 53) Was dieß für ein Interdict sey, ist zweifelhaft. Die Glosse nennt das Interdictum *uti possidetis* oder *unde vi*, und widerlegt diejenigen, welche das Interdictum *Ne vis fiat ei* dafür halten wollen. Allein auch beyde erstern Interdicte passen hier nicht. Man sehe von Savigny Recht des Besitzes §. 38. u. 40. *Ant. Schurzino* in Not. ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. 1. §. 2. pag. 381. versteht ein solches Interdict, welches der Prätor extra ordinem Edicti eingeführt hat, wie z. B. *L. 9. §. 1. D. de damno infect.* Stark *Us. mod. Pand. h. t. §. 2.* meint, es müsse ein Interdictum *adipiscendae possessionis* seyn. Allein was für ein? Etwa ein Interdictum *fraudatorium*, wie z. B. *L. 96. pr. D. de solationib.* Allein dieß Interdict geht nur auf einzelne Sachen und Forderungen; hier ist aber von Restitution des Besitzes einer Erbschaft die Rede. Richtiger ist *Jast. Henn. Böhmers* *Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 2.* auf das Interdictum *Quorum bonorum* verfallen. Man sehe jedoch die treffliche Abhandlung über das Interdict *Quorum bonorum* von Savigny; in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. V. B. Nr. I. Heutzutage sagt *Stryk. a. a. D.* werden Statt der Interdicte *Mandata cum* oder *sine clausula* erkannt. Man behauptet auch nicht ohne Grund, daß bey beharrlichem Ungehorsam des Besitzers, die Execution gegen ihn *manu ministrorum, immo militari,* vollstreckt werden könne. *C. SCHILTER Prax. iuris Rom.*

narium ⁵⁴⁾ remiserit. §. 3. Interest autem eius, qui experitur, admissum alium in possessionem

Exercitat. XXXVI. §. 127. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 3. Mich. God. WERNER lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 2.

- 54) Der Ausdruck *ius ordinarium* bezeichnet hier solutum iudiciorum ordinem, dato scilicet iudice, so wie dieses Verfahren ehemals, auch selbst bey den Interdicten, gewöhnlich war. Es beweist dieß nicht nur eine deutliche Stelle aus FRONTINUS *de agrorum controversiis* pag. 41. edit. Goesii. *De possessione controversia est, de qua ad Interdictum, hoc est iure ordinario litigatur; sondern eben dieses bestätigen auch mehrere Stellen Ulpian's in den Pandecten. L. 3. pr. D. Ne vis ei, qui in posses. L. 3. §. 3. D. de lib. exhib. L. 5. §. 27. D. Ut in posses. legator.* Es hat auch das ausdrückliche Zeugniß des Theophrastus *Paraphr. gr. Pr. I. de Interdictis* für sich. Man sehe hier vorzüglich von Savigny *Recht des Besizes. §. 34.* und Haubold über die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften. (in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. von Savigny, Göschen und Eichhorn 3. B. S. 358. ff.) Der Unterschied der Actionen und der Interdicten beruhte bloß auf der verschiedenen Thätigkeit des Prätors. Bey den Actionen sagt der Prätor nie, daß Jemand etwas thun oder lassen solle, sondern immer: *iudicium dabo.* So wie also hier der Prätor aus dem Anbringen des Klägers und der Antwort des Beklagten sahe, daß die Entscheidung des Streits von Erörterung factischer Umstände abhing, so bestellte er einen *iudex*, welcher untersuchen und entscheiden sollte. Hatte nun dieser geurtheilt, so war in der Regel alles zu Ende. War noch allenfalls eine Execution nöthig, so war dieß wider die Sache des Prätors,
- J
- Glück's Erläut. d. Pand. 28. Ep.

non fuisse: cum forte bona fide fructus perceptos
consumpserit: aut si praedo venerit in possessio-

welche derselbe manu ministrorum, auch wohl manu militari vollziehen ließ. *L. 68. D. de Rei vind.* Ein solches executivisches Verfahren gehörte daher zum *ius extraordinarium*. *L. ult. D. de indic.* und *L. 3. pr. D. Ne vis fiat ei. C. Ant. FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XVI. Cap. 20. in fin.* Ganz anders verhielt sich die Sache bey den Interdicten. Hier trat der Prätor gleich Anfangs mit einem entscheidenden Aussprüche auf, wodurch dem Streite wenigstens vor der Hand ein Ende gemacht ward. *GAJUS Institut. Lib. IV. §. 139.* Alle Interdicte fingen daher mit einem bloßen Befehl des Prätors an, welchen derselbe, wenn er den Antrag des Klägers an sich zulässig fand, erließ. Ohne einen solchen Befehl, daß der Beklagte etwas thun, oder unterlassen solle, konnte keine Art des Interdicts-Verfahrens Statt finden. Daher sagt der Prätor bey den Interdicten nicht: *iudicium dabo*. Denn er ist hier nicht, wie bey den Actionen, die bloß einleitende Behörde; sondern er setzt die Partheyen so fort und unmittelbar durch ein *restituas, exhibeas, vim fieri veto*, u. s. w. auseinander. Des Prätors Befehl konnte also die Sache unmittelbar zu Ende bringen. Sobald jedoch der Gegner widersprach, wurde auch bey dem Interdict, so wie bey einer *actio*, ein *index* gegeben, welcher das Urtheil sprach, und vor dem auch der Kläger den Beweis seines Anbringens führen mußte. Ein solches Verfahren mußte also bey Interdicten nur als zufällig erscheinen. S. von Savigny nachträgliche Bemerkungen zur Erläuterung der Beronesischen Handschriften, in der Zeitschrift *J. B. S.* 305. f. und Haubold über die Stelle von Interdicten (Eben daselbst *S. 366. ff.*) Zu Justinians Zeiten hatte sich freylich die Sache längst geändert, indem kein Interdictsproceß mehr existirte, sondern, statt der vorhergehenden auf

Siventris nomine mulier in possess. missa, etc. 337

nem, a quo fructus consequi non possit; quia solvendo non est. §. 4. Haec actio etiam post annum dabitur: quia rei habet persecutionem. §. 5. Et si filia familias sit, quae dolo fecit, in patrem dabitur actio, si quid ad eum pervenerit.

§. 1293. a.

Erläuterung aus der Stelle des Paulus L. 2. h. t.

Zur Erläuterung dient noch die L. 2. D. h. t. welche aus des Paulus libro XXXVII. ad Edictum genommen ist. Sie lautet so:

Dolo facit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet: sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat.

§. 1. Si et patris et filiae factum arguetur, in alterum, quem actor velit, reddenda est actio; quia in id, quod agentis interest, datur: ideo si id, quod ei abest, ab eo, qui in potestate est⁵⁵⁾,

Auswirkung des Interdicts, Decretes abgewendenden, nun überflüssigen Förmlichkeiten, der Kläger sogleich mit einer extraordinaria oder utilis actio auftreten konnte. §. ult. I. de Interdict. und Theophilus ebendasselbst. S. Haubold a. a. D. S. 387. f. und von Savigny über das Interdict Quorum honorum (Zeitschrift B. 5. S. 8. u. S. 19. f.)

55) Die florentinische Lesart in potestate ist hier offenbar unrichtig. Denn sollten die Worte sich auf die filia, quae in potestate est, beziehen; so könnte es ja nicht heißen: ab eo, qui in potestate est. Ja wie könnte Paulus sagen: inutilis erit ei haec actio, eo. praetoria in factum, wenn man den Fall nicht annähme, daß

servari possit, praeter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei haec actio.

Paulus erklärt hier 1) wie sich der Dolus auf Seiten des Weibes, welches die Immission erhalten hat, geäußert haben müsse, wenn die actio in factum gegen sie Statt finden soll. Er sagt, der Dolus müsse sich hier durch eine Thathandlung äußern, ein bloßes Zulassen, oder Nichthindern sey nicht genug. Die Worte clam et per quendam machinationem in possessionem introducat, setzen dieses außer allen Zweifel. Paulus schließt daher den Fall ausdrücklich aus, wenn die Frau denjenigen, welcher die Güter ihres verstorbenen Mannes, in welche sie die Immission ventris nomine erhalten hatte, in Besiz nahm, nicht hinderte. Es ist demnach eine offenbar falsche Erklärung, wenn Accursius die Worte: non quae in possessionem venientem non prohibet, ἄλλειπτικῶς für non tantum quae nimit, und also sie so versteht, daß Paulus hier zwey Fälle angegeben habe, wie der Dolus des Weibes sich äußern

der Bethelligte das Interesse bereits von dem Besitzer der Erbschaft erhalten hätte? Mit Recht behauptet daher Cujas Observation. Lib. XXIII. Cap. 39. daß ab eo, qui in possessione est, gelesen werden müsse. So lesen auch mehrere alte Ausgaben, z. B. Haloander, Miräus. B. d. hat zwar die florentinische Lesart bey behalten, welche freylich auch die lectio vulgata ist. Dem Cujas stimmen jedoch bey WISSENBACH in Exercitation. ad Pand. P. I. Disput. XLIX. Thes. 20. VORT Comm. ad Pand. h. t. in fin. Ant. SCHULTING in Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. L. 2. §. 1. pag. 381. B. VOORDA Thes. Controv. Decad. XVI. §. 4. in fin. und POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 86. welcher diese Lesart auch in den Text aufgenommen hat.

könne. Schon der Ausdruck *transferre*, den der Prätor gebraucht hat, deutet auf eine Thathandlung hin, und nochmehr die folgenden Worte: *Si et patris et filias factum arguetur*. Mit Recht ist daher diese Erklärung von *Cujaz* ⁵⁶⁾ verworfen worden.

2) Haben Vater und Tochter sich eines Dolus schuldig gemacht; so hat der Kläger die Wahl, gegen wen er klagen will. Gegen Beide kann er nicht zugleich klagen, weil die prätorische *actio in factum* keine Pönalklage ist, sondern nur auf Leistung des Interesse geht. Denn dieses kann man nur einmal fordern. Hat daher der Betheiligte das Interesse schon von dem selbst erhalten, auf den der Besitz war übertragen worden; so findet die prätorische *actio in factum* nicht weiter Statt. Mit Recht behauptet daher *Voet* ⁵⁷⁾, die *actio praetoria* sey gewissermassen eine subsidiarische Klage, die nur darauf geht, was von dem Besitzer, gegen den mit dem *Interdict* auf Räumung des Besitzes geklagt worden ist, nicht zu erhalten gewesen ist. *Ulpian* führte oben den Fall an, wenn der Besitzer in gutem Glauben die Früchte consumirt hat, oder der Besitzer im bösem Glauben die genossenen Früchte wegen Insolvenz nicht zu vergüten vermochte. *Paulus* fügt aber hier noch den Fall hinzu, wenn die Proceßkosten von dem Besitzer nicht erstattet wurden, weil sie vielleicht der Richter compensirt hatte. Alles dieses setzt ja natürlich voraus, daß der Besitzer zuerst müsse in Anspruch genommen worden seyn, weil das Interesse

56) *Commentar. in Libr. XXXVII. Pauli ad Edictum ad h. L. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 609. sq.)*

57) *Comm. h. t.*

des Klägers darnach bemessen werden soll, was von dem Besizer nicht zu erhalten gewesen ist ⁵⁸⁾. Nach dieser, wie ich glaube, ganz richtigen Ansicht, kann ich der Erklärung derjenigen ⁵⁹⁾ nicht beypflichten, welche unsern Paulus so, verstehen wollen, als ob die Klage gegen den Vater unnütz sey, wenn von der Tochter das Interesse erhalten werden könne. Denn das hieße ja offenbar soviel, als ob gegen die Tochter zuerst geklagt werden müßte; und dann stände ja Paulus mit sich selbst im Widerspruche, welcher dem Kläger die Wahl giebt, ob er gegen den Vater oder gegen die Tochter klagen wolle. Es ist auch gar kein Grund vorhanden, warum der Vater nur wegen der Proceßkosten belangt werden sollte. Denn war die Tochter einmal auf Leistung des Interesse belangt worden, so verstand sich's ja von selbst, daß sie dem Kläger auch die Proceßkosten ersetzen mußte. Der dritte Besizer hingegen konnte ein bonae fidei possessor seyn, und so wie dieser die genossenen Früchte nicht vergütet, so konnten auch wohl wegen der bona fides desselben die Proceßkosten compensirt worden seyn, so daß die Vergütung derselben die actio in factum gegen die Tochter oder deren Vater allerdings begründen konnte ⁶⁰⁾.

58) S. Cujacii Comment. in libr. XXXVII. Pauli ad Edictum c. 1. pag. 610.

59) S. J. B. Ja. Lud. CONRADI Jus P. R. civile e Digestis Imp. Justiniani h. t. §. 3. pag. 544.

60) S. Cujacius Observat. Lib. XXIII. Cap. 39.

Lib. XXV. Tit. VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur.

§. 1294.

Edict des Prätor's gegen erdichtete Schwangerschaft. Erklärung der *L. un. D. h. t.*

Siebt eine Wittve arglistig vor, daß sie sich von ihrem verstorbenen Manne schwanger befinde, um die Immission in den Besitz *ventris nomine* zu erhalten; so will der Prätor einen solchen Betrug desto empfindlicher ahnden, je weniger er bey Ertheilung einer *honorum possessio ventris nomine* Schwierigkeiten zu machen pflegt. Der Prätor hat daher gegen einen solchen Betrug folgendes Edict aufgestellt.

Si mulier ventris nomine in possessionem calumniae causa esse dicetur, adversus eam, quanti agentis interest, intra annum, quo primum agendi potestas erit, actionem dabo, etiam adversus parentem, si per eum factum sit, ut in possessionem veniret, actionem dabo.

So hat Gerh. Noodt ⁶¹⁾ das Edict des Prätors theils aus der Rubric dieses Titels, theils aus dem Fragment des Ulpianus, welches aus desselben *Libro XXXIV. ad Edictum* genommen ist, restituirt.

Es findet also in dem Falle Statt: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur*. Diese CALUMNIA läßt sich auf zweyerley gedanken; 1) wenn sich die Wittwe für schwanger ausgiebt, da sie doch gewiß weiß, daß sie es nicht ist; 2) wenn sie sich zwar wirklich schwanger befindet, aber weiß, daß ihre Schwangerschaft nicht von ihrem verstorbenen Manne, sondern von einem Andern herrühre ⁶²⁾.

War nun Niemand vorhanden, welcher widersprach, so konnte die Wittwe auf ihre bloße Angabe, sie befinde sich von ihrem verstorbenen Manne schwanger, eine *missio in possessionem ventris nomine* erhalten. Dieß ist es, wenn Ulpian *L.un. §. 1. D. h. t.* sagt:

Debet enim Praetor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri VENTRIS NOMINE, ita calumniam eius impunitam non relinquere.

Wie viel, wie mancherley Kunststücke hat nicht die

61) Commentar. ad Dig. h. t. Pr. Man sehe auch WENZENBERG Princip. iuris eccl. ord. Dig. h. t. §. 1.

62) *S. Alph. a CARRANZA* Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. II. Illat. XIV. §. 3. nr. 29. pag. 194. *Ja. VORT* Commentar. ad Pandect. h. t. und *Jos. FINGSTRES et DE MONSALVO* Hermogenianus. Tom. II, ad L. 3. D. de Ventre in possess. mittendo. §. 16. p. 724.

Si mulier ventris nomine in possess. calum. etc. 343

List der Weiber nach den ärztlichen Erfahrungen erfunden, um eine Schwangerschaft zu erdichten.⁶³⁾?

Zwar sagt Ulpian L. 1. §. 1. D. de ventre in possessionem mittendo :

Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnatem sufficit: quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit, et mortis tempore, et eo, quo mitti in possessionem petit.

Alein hier ist, wie Ulpian selbst deutlich genug sagt, bloß von der Wirkung der Missio ventris nomine die Rede. Daß aber die Missio selbst geschehen könne, auch wenn die Wittve nicht wirklich schwanger ist, sondern nur dafür gehalten wird, lehrt ja unser Titel ausdrücklich⁶⁴⁾.

War hingegen Jemand vorhanden, der wegen der Erbschaft des verstorbenen Mannes betheiliget war, und daher die vorgegebene Schwangerschaft der Wittve in Streit zog; so konnte derselbe, statt einer genauern Untersuchung, worauf er sonst antragen konnte, einen kürzern Weg einschlagen. Er konnte ihr geradezu den Eid darüber deferiren, daß sie sich wirklich von ihrem verstorbenen Manne schwanger befinde. Von einem solchen Eidesantrage spricht Ulpian L. un. pr. D. h. t.

Si de possessione ventris nomine quaeratur, et deferente herede mulier iuraverit praegnatem se esse: servandum est iusiurandum; nec tenebitur

63) S. Ploucquet über phys. Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. §. 50.

64) S. FINESTRAS. c. l. §. 8. pag. 723.

muller, quasi *calumniae causa* fuerit in possessionem missa: nec vis ei facienda est post iusiurandum: si tamen peperit, quaeretur veritas, an ex eo praegnas fuerit: alteri enim nec prodest, nec nocet iusiurandum inter alios factum: nec partui igitur nocebit.

Von einem solchen Eide spricht auch Marcellus, den Ulpian L. 3. §. 3. *D. de iureiurando* anführt, wo er sagt:

Unde MARCELLUS scribit, *etiam de eo iurari posse, an praegnas sit mulier, vel non sit: et iuriurando standum.* Denique, ait, si de possessione erat quaestio, servari oportere: si forte quasi praegnas ire in possessionem volebat, *et cum ei contradiceretur, vel ipsa iuravit se praegnatem, vel contra eam iuratum est:* nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu, si contra eam, non ibit, quamvis vere praegnas fuerit: *proderitque, inquit MARCELLUS, mulieri iuranti iusiurandum, ne conpeniatur, quasi calumniae causa ventris nomine fuerit in possessione, neve vim patiatur in possessione.* Sed an iusiurandum eo usque prosit, ut post editum partum non quaeratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, MARCELLUS tractat? Et ait, veritatem esse quaerendam: quia iusiurandum alteri neque prodest, neque nocet: matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, et iuretur ex eo praegnas non esse.

Es ist unbegreiflich, wie der gelehrte Carranza ⁶⁵⁾

65) Cit. loc. nr. 30. §. *Unde ego puto.* pag. 194.

hat behaupten können, daß nur eine solche calumnia die Klage aus dem Edict begründe, wenn die Wittwe ihre vorgegebene Schwangerschaft mit einem Eide bekräftiget hat. Ulpian und Marcellus sagen ja gerade das Gegentheil. Der Eid soll die Wittwe, die dadurch die Missio in possessionem ventris nomine erhalten hat, gegen jeden weitem Anspruch schützen. Man lese aber nur, wie Ulpian selbst diese Calumnia erklärt. Er sagt *L. un. §. 2. D. h. t.*

Per CALUMNIAM autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnatam non esse, voluit in possessionem venire.

Und verbinde nun damit noch folgende Gesetzstellen.

L. 15. D. de his, qui notantur infam. ULPIANUS libro VIII. ad Edictum. Notatur, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se adseverat praegnatam,

L. 16. D. eodem. PAULUS libro VIII. ad Edictum. Cum non praegnas esset, vel ex alio concepisset.

L. 17. D. eod. ULPIANUS libro VIII. ad Edictum. Debuit enim coërceri, quae Praetorem decepit.

Von einem Eide ist hier überall die Rede nicht, sondern weil die Frau den Prætor hintergangen hat, und dieß thut sie ja durch ihr absichtlich falsches Vorgeben, daß sie von ihrem verstorbenen Manne schwanger sey, sie mag geschworen haben, oder nicht, verdient sie bestraft zu werden. Der Eid schützt sie vielmehr gegen die Strafe, obgleich der Eid, wenn die

Wittwe wirklich ein Kind geboren hat, die Untersuchung über die Aechtheit der Geburt dieses Kindes nicht hindert, und daher dem Kinde eben so wenig zum Vortheil gereicht, wenn ihn die Mutter geschworen hat, als er dem Kinde zum Nachtheil gereichen kann, wenn die Mutter den Eid deserirte, und der Eid gegen sie geschworen worden ist ⁶⁶).

Selbst gerichtlich, medicinische Untersuchungen vermögen oft nicht, den Richter gegen die Betrügereyen der Weiber zu sichern. Denn unsere Aerzte gestehen selbst, daß die Ausmittelung der Schwangerschaft, besonders in der ersten Hälfte derselben, für den gerichtlichen Arzt oft sehr schwierig sey, theils, weil die Merkmale derselben in dieser Periode noch nicht so sehr in die Sinne fallen, theils, weil dieselben insgesammt von andern Ursachen herrühren können ⁶⁷). Selbst diejenigen Merkmale, welche bey den zum erstenmal Schwängern, als ganz zu verlässige Symptome der Schwangerschaft erscheinen, pflegen sich bey mehrmals Schwängern zu ändern, und eine unbestimmte Form anzunehmen. Daher kann, wie ein hochgefeierter Lehrer der gerichtlichen Arzneiwissenschaft ⁶⁸)

66) S. FINSTRUP cit. loc. §. 8. et 9. pag. 722. sqq.

67) S. Just. Christoph. Loder's Anfangsgründe der physiol. Anthropologie. §. 409. (der 3. Aufl.) Ge. Heinr. Masius System der gerichtl. Arzneikunde für Rechtsgelehrte. §. 216. Stark's Archiv für die Geburtshülfe 1. B. 1. St. S. 1. ff. und Adolph Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 187. und 188. (der zweyten Ausgabe.)

68) S. Jo. Dan. Mezger's kurzgefaßtes System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft §. 460. f. (der 3. Ausgabe.)

sagt, die Untersuchung über Schwangerschaft in der ersten Hälfte derselben nie anders, als ungewiß ausfallen. Hierzu kam nun noch besonders der Umstand, daß nach dem Edict des Prätors de inspiciendo ventre von den fünf Hebammen, durch welche die Besichtigung einer Wittwe, welche ventris nomine in die Güter ihres verstorbenen Gatten immittirt zu werden verlangte, keine bey der Besichtigung den Leib der Frau wider ihren Willen befühlen durfte⁶⁹⁾; da doch das Befühlen (*exploratio obstetricia*) oder die kunstmäßige mittelst des Gefühls angestellte Beobachtung der bey der Schwangerschaft zunächst interessirten Theile des weiblichen Körpers, nach dem einstimmigen Urtheil unserer heutigen Aerzte, und erfahrenen Geburtshelfer, gerade das wichtigste Hülfsmittel bey der Besichtigung ist, um zur Erkenntniß zu gelangen⁷⁰⁾. Endlich sollte auch nach dem Edict des Prätors zur Schonung der weiblichen Schamhaftigkeit die Untersuchung über Schwangerschaft bloß Hebammen übertragen werden. Wie gewagt war es nicht, Hebammen eine Untersuchung anzuvertrauen, die sehr oft den erfahrensten Geburtshelfer in Verlegenheit setzt? Wie gering ist nicht die Zahl der Hebammen, welche, wie die Erfahrung lehrt, die Kenntnisse haben, die zur richtigen Beurtheilung der Veränderungen der weiblichen Geschlechtstheile während der Schwangerschaft erfordert werden? Und wie viel mehr gehört nicht noch dazu, um über eine zweifelhafte Schwangerschaft ein gründliches Urtheil zu fällen⁷¹⁾? Wie leicht,

69) L. 1. §. 2. D. de inspiciendo ventre.

70) S. Loder's angef. Anfangsgründe der physiol. Anthropologie §. 400. S. 593. Mafius angef. System. S. 215. und Henke Lehrbuch. §. 190. a. E.

71) S. Mafius Syst. d. gerichtl. Arzneyl. §. 219.

und wie oft mußte nicht hier der Prätor durch das Urtheil solcher Kunstverständigen getäuscht werden, da nicht selten selbst die erfahrensten und geschicktesten Geburtshelfer bey ihren Untersuchungen über Schwangerschaft durch die Zweydeutigkeit der durch Verwicklung mit andern Krankheiten entstandenen Symptome, nach ihrem eignen Verständniß, irre geführt worden sind ⁷²⁾? Gründe genug, welche den Prätor bewogen, eine erdichtete und fälschlich vorgeschützte Schwangerschaft zur Erschleichung einer *missio ventris nomine in possessionem bonorum* schärfer zu rügen, als die dolose Uebertragung des erhaltenen Besitzes von einer wirklich von ihrem verstorbenen Manne schwangern Wittwe auf einen Andern.

Zwar giebt auch hier der Prätor, wie in dem vorigen Falle, nam *et hoc Edictum*, sagt Ulpian ⁷³⁾ *ex eadem causa proficiscitur, qua superius, nur eine actio in factum ad id quod interest*, gegen die Wittwe, welche *per calumniam* d. h. wohl wissend, daß sie entweder gar nicht, oder von Jemand andern, als ihrem verstorbenen Ehemanne, schwanger sey, die Immission in den Besitz der Güter ihres verstorbenen Mannes *ventris nomine* erschlichen hat, zuweilen auch gegen den Vater derselben, wenn es durch ihn geschähe, daß sie diesen Besitz *per calumniam* erhielt. Ulpian sagt *L. un. §. 4. et 5. D. h. t.*

72) S. Stark's angef. Archiv. B. I. Nr. I. Hyl's Repertorium für die öffentl. und gerichtl. Arzneiwissenschaft B. I. Abschn. II. Nr. I. Beispiele führt auch Metzger in dem kurzgef. System der gerichtl. Arzneiwissenschaft. S. 463. an.

73) *L. un. §. 1. D. h. t.*

Simili autem modo et hic, *quanti agentis interfuit*, Praetor actionem pollicetur.

In *parentem* etiam Praetor actionem pollicetur: *si modo per eum factum sit, ut in possessionem per calumniam veniret.*

Allein diese Klage unterscheidet sich von jener Interesteflage, wovon das vorige Edict handelt, darin, daß sie eine Infamie nach sich zieht, welche jedoch erst dann eintritt, wenn die Verurtheilung erfolgt, und die Frau durch rechtskräftige richterliche Sentenz gerade und bestimmt einer solchen Calumnie, mit deren Condemnation das Gesetz ein für alle Mal die Infamie als unabwendliche Folge verknüpft hat, schuldig erkannt worden ist. Ulpian sagt dieses in einer Stelle, welche aus desselben *libro VIII. ad Edictum* genommen ist, ausdrücklich. Es ist *L. 19. D. de his, qui notant. infamia*, wo es heißt:

Non alia autem NOTATUR, quam ea, de qua pronuntiatum est, CALUMNIAE CAUSA eam, fuisse in possessionem missam.

War die Wittve in der väterlichen Gewalt, und sie beging eine solche Calumnie mit Wissen und Willen ihres Vaters, so wird der Vater infam.

Idque et in patre erit servandum, sagt Ulpian an demselben Orte, *qui CALUMNIAE CAUSAE passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem ventris nomine mitti.*

Eigentlich infamirte die calumnia nur dann, wenn Jemand deswegen in Beziehung auf ein crimen iudicii publici, wie z. B. der calumniator nach der lex Remmia, zur legitima poena war verurtheilt worden. In

dem prätorischen Edicte de his, qui notantur infamia heißt es ausdrücklich⁷⁴⁾:

Infamia notatur — qui in iudicio publico CALUMNIAE CAUSA quid fecisse iudicatus erit.

Jede andere calumnia wurde extra ordinem bestraft, und infamirte nicht⁷⁵⁾. Es ist daher eine auffallende Erscheinung, daß gerade die calumnia, welcher hier eine Wittwe vom Prätor bezüchtigt wird, weil sie sich durch das falsche Vorgeben einer Schwangerschaft die honorum possessio ventris nomine hat ertheilen lassen, infamirt. Ulpian⁷⁶⁾ giebt uns den Grund davon selbst an:

Debit enim coërceri, quae Praetorem decepit.

Der Prätor will also die dieser calumnia wegen Verurtheilte darum infamirt wissen, weil die Frau hier den Betrug gegen ihn selbst gespielt hat. Ulpian setzt jedoch ausdrücklich voraus, daß die Frau nicht in der väterlichen Gewalt seyn müsse. Er sagt⁷⁷⁾;

Sed ea notatur, quae, cum suae potestatis esset, hoc fecit.

74) L. 1. D. de his, qui notantur infam. Man vergl. noch L. 6. §. 3. D. de Decurionib.

75) Aus Gordian's Rescripte L. 16. C. Ex quib. causis infam. irrogatur läßt sich das Gegentheil nicht erweisen, sondern es ist dasselbe auf die calumnia in iudicio publico zu beschränken, wie Theod. Marejoli in der hist. dogmat. Abhandlung über die bürgerliche Ehre, ihre gänzl. Entziehung und theilw. Schwächerung. 1. B. Abschnitt IV. §. 3. S. 139. f. gezeigt hat.

76) L. 17. D. de his, qui notant. infam.

77) L. 17. cit.

War also die Tochter noch in väterlicher Gewalt, so wird nicht die Tochter, sondern der Vater infam, mit dessen Wissen und Willen sie den Prätor hinterging⁷⁸⁾. Ulpian⁷⁹⁾ sagt in unserm Titel:

Si dolus filiaefamilias intervenerit, et participes doli fuerit pater, suo nomine tenebitur.

Eben deswegen, weil die Klage infamirt, wird sie, wenn sie gleich nur, wie jene aus dem vorigen Edict, auf Leistung des Interesse geht, eine *actio quasi poenalis* genannt. Warum nicht auch jene, welche der Prätor gegen den Dolus der Frau giebt, die den erhaltenen Besitz der Erbschaft einem Andern übertragen hat, eine Pönalklage, sondern eine bloße *actio rei persecutoria* sey, erklärt Cujaz⁸⁰⁾ so. Es ist, sagt er, bey den prätorischen Klagen, die auf das Interesse gehen, dar auf zu sehen, was dabey die Absicht des Prätors gewesen sey. Giebt er die Klage hauptsächlich um des Klägers willen, damit dieser keinen Schaden leide, wie die aus dem Edict des vorigen Titels, so sey die Klage nie eine Pönalklage, sondern immer eine *actio rei persecutoria*. Gebe er sie aber aus Haß gegen den Beklagten, um dessen dolöse Handlung zu bestrafen, so sey sie eine Pönalklage, wie die Klage, welche hier der Prätor giebt, wenn die Wittve per calumniam die *bonorum possessio ventris nomine* erhalten hat⁸¹⁾. Weil

78) *C. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad h. L. 17. D. de his, qui not. inf. Tom. I. pag. 305.*

79) *L. un. §. 12. D. h. t.*

80) *Paratitla in libros L. Digestor. ad h. Tit.*

81) Man sehe auch VOZT *Comm. h. t. FINESTRES Hermogenian. c. 1. pag. 723. §. 9. und Ant. SCULTINO Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad §. 3. h. t. pag. 528.*

jedoch diese Klage nicht, wie die eigentlichen Pönalklagen, auf eine Geldstrafe geht, sondern bloß das Interesse verfolgt, so wird sie quasi poenalis genannt⁸²⁾. Als Pönalklage erscheint sie jedoch noch von einer andern Seite, nämlich weil auch derjenige haftet, der nicht im Besitz war⁸³⁾, z. B. der Vater, mit dessen Wissen und Willen die Tochter den Besitz per calumniam erhielt, oder auch die Frau wegen dessen, was sie in Besitz zu nehmen unterließ, und daher durch ihre Schuld von der Erbschaft verbrohen gieng. Ulpian sagt §. 8.

Sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate: dum hic contemplatione ventris non attingit hereditatem.

Wegen dieser Pönalqualität dauert daher auch diese Klage nur ein Jahr, während jene eine actio perpetua ist. Ulpian sagt *L. un. §. 3. D. h. t.*

Hanc autem actionem Praetor intra annum utilem pollicetur, ultra non: videlicet quasi poenalem⁸⁴⁾.

Die Klage steht nun denjenigen zu, denen daran gelegen ist, daß die Wittve in den Besitz nicht wäre immittirt worden. Der Betheiligte kann auch hier nicht nur der Erbe seyn, er sey ein Testamentserbe, oder Substitut, oder Intestaterbe; sondern auch ein Legatar,

82) G. POTIER Pand. Iustinian. Tom. II. h. t. Nr. V. Not. e. pag. 87.

83) G. Just. MEIER Colleg. Argentorat. Tom. II. h. t. §. 3.

84) In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 756. heißt es: Η ἀγωγή ποιναλία οὖσα, εἰσω ἐνιαυτοῦ δίδεται εἰς τὸ διαφέρον i. e. Haec actio, quam poenalis sit, intra annum datur in id, quod interest.

Si mulier ventris nomine in possess. talum. etc. § 53

auch zuweilen der Erbe des Erben. Es kommt hier auf die verschiedene Art an, wie sich das Interesse des Klägers äußert. Ulpian sagt §. 6.

Competit autem haec actio ei, cuius interfuit in possessionem missam non esse: utputa, vel *coheredi speranti partum* ⁸⁵⁾, vel ei ⁸⁶⁾, qui

85) *Jb. Gail* HOFFMANN Observation. var. ad Libros XXIV. et XXV. Papdectar. Meletemat. Diss. XXII. §. 11. will statt *partum* lieber *partem* lesen, weil dem Erben, welcher zugleich mit dem Postumus eingesetzt worden ist, die dem Venter ausgesetzten Erbtheile accresciren, wenn kein Postumus geboren wird, und also gewiß ist, daß die Wittwe nicht schwanger sey, wenn es auch gleich der Erbe nicht weiß. L. 31. D. de acquir. vel omitt. heredit. Einem solchen Miterben war allerdings daran gelegen, daß die Wittwe nicht wäre immittirt worden. Allein man kann es süglich bey der florentinischen Lesart lassen, mit welcher auch, wie Hoffmann selbst gesteht, alle übrige übereinstimmen. Der Miterbe ist immer insofern interessirt, als er sonst den Besitz der Erbschaft allein erhalten hätte, wenn der Betrug nicht von der Wittwe wäre gespielt worden. G. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. a. pag. 86. und VOORDA Thes. Controv. Dec. XVI. §. 7.

86) Die Florentine liest hier: vel *is*, qui substitutus fuit. Laurellius hat jedoch das *is* mit einem halben Strich eingeschlossen, und das Zeichen \curvearrowright davor gesetzt. Vermuthlich wollte er damit subtil sagen, das *is* sey überflüssig. Christfr. WACHTLER in Opuscul. iurid. philolog. collect. a Trotz pag. 451. glaubte anfangs, es müßte vel *ei*, statt vel *is* gelesen werden. Allein pag. 485. sagt er, das *is*, welches schon Laurellius gebrandmarkt hat, könne ganz verwiesen werden. Denn in den Worten: vel *qui substitutus fuit*, liege schon stillschweigend

substitutus ⁸⁷⁾ fuit, vel qui *ab intestato*, si *partus non fuisset*, succedere potuit.

Das Interesse, worauf die Klage geht, begreift nun, ausser der Restitution der Erbschaft, auch Vergütung aller während des Besitzes genossenen Alimente. Diese Vergütung ist bloß eine Strafe der *calumnia*. Denn erhielt die Wittwe nicht wegen derselben den Besitz, so vergütet sie davon nichts, was sie zu ihrem Unterhalt aus der Erbschaft erhielt.

§. 7. h. t. Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata: nec enim alias haec repetuntur, nisi per *calumniam* in possessionem venit: ceterum, si res *calumnia* caret, nihil praestabit mulier, *qua* ⁸⁸⁾ sine causa *alta* ⁸⁹⁾ est sub praetextu ventris.

gend das *ei*. *Guil. Bær Rat. emendandi Leges. Cap. I. Nr. VII. §. 4. pag. 34. (edit. Neuhaus. Lips. 1745.)* will statt *vel is*, lieber *vel si quis* lesen. Dieser Lesart gab auch Wächter anfangs in *Opusc. p. 451. Beyfall*. Die meisten geben jedoch der Lesart *vel ei* den Vorzug. So lesen auch alle nicht florentinische Ausgaben. *Hal Ioander, Baudoza, Miräus, Chevallantus, Merlinus, Hugo a Porta*, und auch die neueste von *Bed.* Die florentinischen haben, so wie die *Gothofredischen* das *is* eingeklammert. Unter den florentinischen habe ich die von *Ruffard, Charondas* und *Maclus* selbst verglichen.

87) *Sa. ventri.*

88) Mehrere alte Ausgaben, z. B. *Hal Ioander, Baudoza, Merlin, Miräus*, und auch die neueste von *Bed* lesen *quasi sine causa alta sit*. Nimmt man eine Gemination der Sylbe *si* von dem Worte *omni* an, so läßt sich diese Lesart vollkommen rechtfertigen. Allein

In einem andern Orte, *L. 1. §. 28. D. de ventre in possess. mitt.* sagt Ulpian:

Et si sciens prudensque se praegnatam non esse consumpserit: de suo eam id consumpsisse LABEO ait.

Die Wittwe vergütet also von den genossenen Alimenten nichts, 1) wenn sie sich in der Meinung, daß sie schwanger sey, getäuscht hat⁹⁰⁾; diesen Fall führt Gajus libro III. ad Edictum provinciale an.

L. 18. D. de his qui not. infam. Ea, quas falsa existimatione decepta est, non potest videri per calumniam in possessione fuisse.

2) Wenn sie das Vorgeben ihrer Schwangerschaft mit einem Eide bekräftigte⁹¹⁾. Die Stellen für diesen andern Fall sind schon oben angeführt worden.

wir haben hier dieses Mittel nicht einmal nöthig. Das Wörtchen *Qua* hat in den Pandecten, so wie bey den lateinischen Classikern, sehr häufig die Bedeutung von *quatenus*, oder *eo quod*. Ant. AUGUSTINUS Emendation. et Opinion. Lib. II. Cap. 2. Jo. STRAUCH Lexic. Particular. iuris. Voc. *Qua*, und Jo. CALVINUS Lexic. iuridic. Voc. *Qua* haben dieses mit vielen Beyspielen erwiesen. Daß diese Bedeutung auch hier Statt findet, hat schon längst Brentman in dem Gebauer. Corp. iuris civ. bemerkt. BRISSENIUS hat nichts davon.

89) *Alta. i. e. alita*, wie auch Baudouja liest.

90) Wie leicht selbst erfahrne Frauen sich hier täuschen können, beweist Klein's Erfahrung in Hufelands und Harles Journal B. II. St. 3. S. 65. und Hente im Lehrbuche der gerichtl. Medicin S. 191.

91) S. Voss Comm. h. t.

3) Wenn sie abortirt, oder ein todtcs, oder ein monströses und nicht successionsfähiges Kind zur Welt gebracht hat ⁹²).

Allein bisweilen berechnet sich das Interesse bey dieser Klage bedeutender. Es kann zuweilen in der Vergütung des Werths der ganzen Erbschaft bestehen, wenn diese durch den Betrug des Weibes für den Erben, oder Substituten verloren gieng. Man denke sich den Fall, der eingesetzte Erbe sey, durch das betrügerische Vorgeben der Wittwe, als ob sie von ihrem verstorbenen Manne schwanger sey, gehindert worden, die Erbschaft anzutreten, und vor der Antretung gestorben. Hier hat er die Erbschaft nicht auf seine Erben transmittirt. Oder man setze, der Erblasser habe auf den Fall, da ihm noch nach seinem Tode ein postumus geboren werden sollte, diesen zum Erben eingesetzt, demselben aber auch noch einen Andern substituirt. Dieser Substitut, welcher die Erbschaft gleich nach dem Tode des Erblassers hätte antreten können, wenn kein Betrug von der Wittwe wäre gespielt worden, weil kein Postumus geboren worden; starb vor der Antretung. Auch hier tritt die Regel ein: *hereditas non adita in heredem non transmittitur*. In beyden Fällen kann nun die Klage aus dem Edict von dem Erben desjenigen erhoben werden, welcher durch die *calumniam* der Wittwe bey seinem Leben an der Erwerbung der Erbschaft war verhindert. Denn hier ist auch der Erbe des Erben oder Substituten theilhaftig ⁹³), wie folgende Stellen unsers Titels beweisen.

92) *L. 1. §. 27. L. 2. et L. 3. D. de ventre in poss. mitt.*
S. FINESTRES Hermogonian. pag. 721. sqq.

93) *POTHIER Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. IV. Not. a.*
pag. 87.

§. 8. Nonnumquam augebitur quod interest: si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius, qui exclusus est, dandam hanc actionem JULIANUS ait: siquidem eius quoque interfuit, non fuisse calumniae causa in possessione mulierem: quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus, heredi suo locupletiozem hereditatem suam relinqueret.

§. 9. Idem JULIANUS libro nonodecimo Digestorum sic ait: si substitutus manente muliere in possessione decesserit, heres eius eadem actione pretium hereditatis a muliere exiget⁹⁴).

Daß die Klage auch den Legatarien wegen der Vermächtnisse gegen die betrügerische Wittwe zustehet, lehrt §. 10.

Sed an decedant legata ceteraque onera hereditatis, videndum? Et mihi videtur posse dici, legatarios potius cum muliere usuros hac actione: quia et ipsorum interfuit adiri hereditatem.

Von dem Erben, wenn dieser klagt, können also die Legatarien ihre Vermächtnisse nicht erhalten, sondern, die

94) S. Jac. CUSACII Commentar. in Lib. XIX. Digestor. Salvii Juliani ad h. §. (*Opp. postum. a FABROTO editar. Tom. III. pag. 139.*). Wie aber, wenn die Frau nicht solvent ist, sollte nicht der Erbe des Erben ex persona defuncti heredis, gegen die unterlassene Antretung der Erbschaft arg. L. 30. pr. et L. 86. D. de acquir. vel omitt. heredit. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten können? Nach Höpfner im Commentar über die Institutionen. §. 546. Not. 4. wäre dieses zu verneinen. Man sehe aber Jac. VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 20.

Legatäre müssen deswegen gegen die Wittve selbst klagen. Denn auch ihnen war daran gelegen, daß die Erbschaft wäre angetreten worden, weil, wenn das Testament desituirt wird, auch die Vermächtnisse zu Grunde gehen.

Nur wenn Sklaven die Freyheit vermacht worden ist, es sey direct, oder durch Fideicommiß geschehen; so muß der Erbe dafür stehen, weil er ihren Werth von der Wittve erhält. Dafür sorgte auch schon der Prätor.

§. 11. Libertatibus*) plane subveniendum erit adversus eum, qui propter hereditatem hac actione egit: scilicet ut fideicommissarias cogatur is prestare, qui pretium utique etiam eorum consequitur: sed et directis credo Praetorem succurrere oportere, ut interventu suo tueatur earum libertatem.

Gegen die Erben der Wittve findet die Klage nach den Grundsätzen des Röm. Rechts nur insofern Statt, als sie durch den Dolus ihrer Erblasserin bereichert worden sind. Denn diese Klage ist nicht nur ex delicto, sondern auch eine Pönalklage**).

*) So ist wohl, statt libertati, richtiger mit Halsander, Miräus, und Bed zu lesen.

95) S. Voss Comm. ad h. Tit. und Just. MERRI Collegium Argentorat. Tom. II. h. t. §. 2. pag. 143.

Lib. XXV. Tit. VII.

De concubinis.

§. 1295.

Begriff des Concubinats. Verwandtschaft desselben mit der Ehe. Unterschied zwischen Pellex und Concubina. Unterschied zwischen Ehe und Concubinats.

Von der Ehe ist diejenige Art der Geschlechtsverbindung wohl zu unterscheiden, welche man den Concubinats⁹⁶⁾ nennt. Seitdem derselbe durch die Lex Julia et

96) *S. Franc. RAMOS DEL MANZANO* Schediasma de Concubinis, earumque cum similitudine, tum differentia a legitimis uxoribus. (in *Ger. MEERMAN nov. Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 551—560.) *Christ. THOMASII* Diss. de Concubinatu. *Halae* 1713. rec. 1724. *Jo. Gottl. HEINICII* Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. et Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Syntegm. Append. Lib. I. §. 38. — §. 42. *Ge. JORDENS* Disputatio I. de Legitimatione. *Traj. ad Rhen.* 1742. Cap. III. (in *Dan. FELLENERO* *Jurisprud. Antiqua.* Tom. II. pag. 337—350.) *Ge. Zach. WINCKLERI* Diss. genuinum concubinatus ex

Papia Poppaea eine gesetzliche Anerkennung erhalten hatte⁹⁷⁾, kam er mit der freien römischen Ehe in nahe Verwandtschaft, von welcher sich derselbe bloß durch mangelnde Absicht vollständiger Lebensgemeinschaft, als eine zwar fortdauernd eingegangene Verbindung, aber ohne die Würde und Rechte der Ehe, unterschied⁹⁸⁾. Daher wird der Concubinatus von den Kaisern Theodos und Valentinian⁹⁹⁾ ein *matrimonium inaequale* genannt. Die Verwandtschaft desselben mit der Ehe zeigt sich besonders darin, daß er eben so, wie die Ehe, eine monogamisch eingegangene Geschlechtsverbindung ist. Denn die römischen Gesetze erlauben eben so wenig neben der Ehefrau eine Concubine¹⁰⁰⁾, als zwey Concubinen zugleich zu haben¹⁾.

mente Legum Romanar. conceptum illustrans. Lipsiae 1744. und Zimmermanns Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 133 und 134.

- 97) L. 3. §. 1. D. h. t. Concubinatus per Leges nomen assumpsit. Daß hier die Lex Julia et Papia Poppaea gemeint sind, haben Em. MERRILLIUS Observat. Lib. III. cap. 15. et Lib. V. Cap. 10. Ev. OTTO in Papiano. Cap. 7. und HEINCECIUS in Commentar. cit. Lib. I. Cap. 1. §. 4. et Lib. II. Cap. 4. §. 3. längst bemerkt, und erwiesen. Man vergleiche auch JORDANS Dissert. cit. Cap. III. §. 1.
- 98) L. 4. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 49. §. 4. D. de Legat. III. L. 31. pr. D. de donation.
- 99) L. 3. C. de nat. liber.
- 100) PAULUS Recept. Sentent. Lib. II. Tit. 20. §. 1. Eo tempore, quæ quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilecta separatur. L. 121. §. 1. D. de Verbor. Obligat. besondert L. un. C. de Concubinis. (V. 26.) Imp. Con-

Die Concubine konnte unter Umständen sogar den Namen einer matrona, ja die Ehre einer materfamilias erhalten, sie konnte sogar des Adulteriums angeklagt werden, so gut als wenn sie Ehefrau wäre, nämlich wenn der Patron seine eigene Liberta zur Concubine nahm²⁾, welches man für ehrenvoller hielt, als wenn sie der Patron heiratete.

STANTINUS *ad Populam*. Nemini licentia concedatur, constante matrimonio, concubinam penes se habere.

- 1) *Nov. XVIII. Cap. 5.* Atque haec dicimus, si unam concubinam habuerit etc. — Sicuti enim is, qui legitimam habet uxorem, alias, constante matrimonio, insuper ducere — nequit, ita nec post concubinam lege probatam, quemadmodum diximus, etc. *Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 4. et 5.* In dem letztern §. heißt es: Si vero effusa eius libido fuerit, et alias atque alias concubinas priori superinduxerit, habeatque multitudinem mulierum fornicantium (ita enim melius dicitur) — multas concubinas simul relinquens: odio ille habendus est, et procul a lege una cum liberis et concubinis abigatur. ©. RAMOS DEL MANZANO cit. *Schediasm. Cap. I. nr. 4. et 5.* und JORDENS *Dissert. cit. I. Cap. III. §. 10.*

- 2) *L. 13. pr. D. ad Leg. Jul. de adulter.* ULPIAN. *libro II. de Adulteris.* Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit: iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit: iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinato se dando matronae nomen non amisit, utputa quae patroni concubina fuit. — *L. 41. §. 1. D. de Ritu nupt.* MAROCELLUS *libro XXVI. Digestorum.* Et si qua se in concubinato alterius quam patroni tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse dico. Man vergleiche damit *L. 46. §. 1. D. de Verb. Signif.*

thete³⁾. Hatte der Patron seine Liberta geheyrathet, und sie schied von ihm wider seinen Willen; so durfte sie, solange der Patron seinen Willen, sie als Frau zu behalten, nicht durch eine deutliche Erklärung aufgegeben hatte, nach der Lex Julia de maritandis ordinibus sich mit einem Andern eben so wenig verehlichen, als dessen Concubine werden⁴⁾. Ebenso, wenn sie auch nur mit ihrem Patron im Concubinate lebte⁵⁾. Eine Ausnahme fand in dem

3) *L. 1. pr. D. h. t.* — quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere. Unstreitig gehen diese Worte auf den Patron, wie sie auch BRISSONIVS de iure connubior. pag. 167. (edit. Amstel. 1662.) und THOMASIVS Diss. cit. §. XI. erklären. Es streitet daher offenbar gegen den Wortverstand, wenn DIONYS. SOHOFRIDUS sie so verstehen will, es sey anständiger für den Patron, daß ein Anderer seine Freigelassene zur Concubine habe, als daß sie seine Ehefrau sey. Und dieser ungerheimten Erklärung konnte der große HEINECCIUS in Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 12. p. 250 sq. Beyfall geben? Man vergleiche ANT. SCHULZING Notae ad Dig. seu Pandectas Tom. IV. ad h. L. pag. 383. und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 246. ff. Not. †††).

4) *L. 45. D. de Ritu nupt. L. ult. D. de divort. L. un. §. 1. D. Unde vir. et uxor.*

5) *L. 1. pr. D. h. t. ULPIAN. ad Leg. Juliam et Papiam.* Quae in concubinato est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat: quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere. Man hat bey Erklärung dieser Stelle viel Schwierigkeiten gefunden.

Falle Statt, wenn der Patron seine Liberta ex causa fideicommissi manumittirt hatte. Diese konnte sich von ihrem Patron, wenn er sie geheyrathet hatte, nach Gesallen trennen, und wider desselben Willen mit einem An-

Einige haben sogar den ganzen ersten Theil dieser Gesetzstelle für untergeschoben halten wollen, wie SCHARD in Lexico-Voo. *Concubina*. Andere emendiren. Es ist wahr, die Stelle, so wie die Worte lauten, giebt keinen richtigen Sinn, sie ist vielmehr in sich selbst widersprechend. Allein aller Schwierigkeit wird abgeholfen, wenn man mit Heineccius a. a. D. nach den Worten: *aut in concubinatum dare* ein Fragezeichen setzt. So enthält denn der erste Theil unserer Stelle die Frage, der andere die Antwort. Auf diese Art können mit Hilfe eines eingeschobenen Fragezeichens unendlich viel schwierige Stellen in den Pandecten leicht erklärt werden, wobon BYNKERSHOEK in *Observation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 25.* und *Henr. Jo. ARNTZENIUS in Specim. Observation. Cap. 3.* mehrere Beyspiele liefern. Man sehe auch VOORDA *Thez. Controversar. Dec. XVI. §. 9.* Welche Emendation ist auch wohl natürlicher, als diese, da bekanntlich die alten Codices ohne Interpunction geschrieben worden sind? Allein die Worte *et alteri se aut in matrimonium, in et iterum ei se*, mit Wächter a. a. D. S. 148. ff. zu verwandeln, und die vom Ulpian aufgeworfene Frage so zu deuten: ob es einer Concubine erlaubt sey, sich von ihrem Patron wider seinen Willen zu trennen, und nachher wieder mit ihm in die Ehe zu treten, oder seine Concubine zu werden? dazu ist gar kein Grund vorhanden. Warum hätte denn der Patron die Concubine, wenn sie wieder zu ihm zurückkehrte, nicht heyrathen dürfen? Allein einen Dritten durfte sie wider den Willen ihres Patrons nicht heyrathen, noch desselben Concubine werden, wie die Not. 4. angeführten Gesetze beweisen.

bern eine Ehe eingehen, weil sie ihre Freyheit nicht der Wohlthat ihres Patronus, sondern seines Erblassers zu verdanken hatte, von dem ihm die Manumission war auferlegt worden 6). Eine andere Freygelassene konnte nur dann deines Andern Ehefrau, oder Concubine werden, wenn der Patron die Absicht, sich von ihr zu trennen, dadurch erklärt hatte, daß er die *actio rerum amotarum* gegen sie an gestellt, oder sie wegen Ehebruchs angeklagt, oder sich mit einer andern verlobt, oder eine andere Concubine angenommen hat 7). Es wurde auch, wenn der Patron in Wahnsinn verfiel, hierdurch der Concubinatus eben so wenig, als die mit der Freygelassenen eingegangene Ehe, aufgehoben 8).

Ehe der Concubinatus durch die *Lex Julia et Papia Poppaea* gesetzlich war anerkannt worden, scheinen die Benennungen *pellex* und *concupina* gleichbedeutend ge-

6) *L. 50. D. de Ritu nuptiar. L. 10. D. de divort. C. HEINECCIUS ad L. Jul. et Pap. Popp. pag. 247.*

7) *L. ult. D. de divort.* besonders §. 1. in fin. Wenn es *pr. in fin.* heißt: *JULIANUS quidem amplius putat, nec in concubinatu eam alterius patroni esse posse;* so muß hier *alterius, quam patroni* gelesen werden. *C. Abr. WIELING Lectiones iur. civ. Lib. II. Cap. 11. §. 10. VOORDA Thes. controv. Dec. XVI. §. 9. POTIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 2. Nro. XXV. Not. i. pag. 8.* So lesen auch HALOANDER, MITÄUS, BAUDOJA, CESTIUS, MERLIN, CHEBALLON u. m. a. Mit Recht bemerkt CLOSSIUS in *Commentat. sist. Codicum quorund. Msptorum Digesti vet. descriptionem.* pag. 243. Not. i. das Wort *quam* scheint durch bloße Nachlässigkeit des Schreibers in der florentinischen Handschrift ausgelassen zu seyn.

8) *L. 45. §. 5. D. de Ritu nuptiar. L. 2. D. de Concubin.*

wesen zu seyn. Man bezeichnete damit eine Frau, nicht bloß wenn sie mit einem Ehemanne, sondern selbst wenn sie mit einer unverheyratheten Mannsperson, wie eine Ehefrau, jedoch nicht in ehelicher Verbindung, zusammenlebte. In dieser Bedeutung verbot ein dem König Numa zugeschriebenes Gesetz einer pellex den Altar der Juno zu berühren, und bestrafte die Beleidigung dieser Dea pronuba mit einem demüthigenden Sühnopfer⁹⁾. MASSURIUS SABINUS und CRANIUS FLACCUS, letzter in seinem Buche de iure Papiriano, vielleicht gerade da, wo er das Gesetz des Numa erläuterte¹⁰⁾, legen hierüber ein zuverlässigeres Zeugniß ab, als irgend einer der römischen Classiker. Beyde führt PAULUS libro decimo ad legem Juliam et Papiam an, woraus die L. 144. D. de Verbor Significat. genommen ist¹¹⁾. Es heißt daselbst:

- 9) GELLIUS Noct. Atticar. Lib. IV. Cap. 3. S. Herm. CANNegiETER Diss. ad Legem Numae Pompilii de ara Junonis pellici non tangenda. Lugd. Batav. 1743. (in Dan. FELLENEBERG Jurisprud. antiqua. Tom. I. Nro. VI. pag. 331. sqq.) Das Gesetz des Königs NUMA lautet bey Gellius so: *Pellex aram Junonis ne tagito; si taget, Janoni crinibous demissis agnam feminam, caidito.* S. DIRTSEN'S Versuche für Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 6. Abh. S. 328 — 331.
- 10) S. Pet. WHEELING Observation. variar. Lib. I. Cap. 4. pag. 13. und CANNegiETER cit. Diss. Cap. IV. pag. 363.
- 11) Einen trefflichen Commentar über diese L. 144. findet man in Greg. MAJANSII Commentariis ad triginta Ictorum omnia fragmenta, quae extant in J. G. Corp. Tom. II. pag. 129 — 140. Damit verbinde man jedoch SAL RENDORF Diss. ad L. 144, D. de Verb. Signif. Lugd. Batav. 1789.

Libro memorialium ¹²⁾ MASSURIUS scribit: PELLICEM apud antiquos eam habitam, quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc ¹³⁾ vero nomine AMICAM, paulo honestiore CONCUBINAM ap-

12) Der *libri memorialium* des Massurius Sabinus, deren nicht eins, sondern mehrere waren, gedenkt sowohl MACROBIUS *Saturnal.* Lib. III. Cap. 6. als auch GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. IV. Cap. 20. et Lib. VI. Cap. 7. Hierdurch wird zugleich die Wichtigkeit der florentinischen Lesart bestätigt, während andere unrichtig *memorialium*, andere *memoriarum*, andere *memoriabilium*, noch andere *inmemorialium* lesen. S. *Andr. Guil. CRAMER* de Verbor. Significat. Tit. Pandect. et Cod. cum variae lectionis apparatus. (*Kiliae* 1811. 8.) p. 71. Uebtigens waren die *libri memorialium* MASSURII, wie *Jac. CUIACIUS* in Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Signif. h. L. bemerkt, libri eruditionis plenissimi, quibus *Massurius Sabinus* complexus est ἀπομνημονεύματα, seu commemorationes varias antiquitatum. Diese Bemerkung bestätigt sich aus den Fragmenten, die uns Macrobius und Gellius aufbehalten haben.

13) Statt *quam* nunc lesen mehrere *eamque* nunc, z. B. *Salvander*, *Mitäus*, und *Vintimillus*. *PAUW* Observation. iuris civ. Rom. lib. singular. (*Hagae Comit.* 1743. 4.) Cap. XIX. pag. 115. *atque eam*, per ἀναδιπλωσιν: *Vivebat Atque Eam*. *Guil. FORMERIUS* in Comment. in Tit. Dig. de Verbor. Significat. (*Arel.* 1584. 4.) ad h. L. und *Abr. WIBLING* Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 9. not. $\frac{1}{2}$ pag. 155. *Traj. ad Rhen.* 1740.) *eam* nunc. *Herm. CANNegieter* cit. Dissertat. Cap. IV. Not. a. pag. 357. meint, es sey das Wort ait zu substituirt, dann sey alles deutlich. Ein ähnliches Beispiel glaubt er in L. 51. *D. de iure dot.* gefunden zu haben. Daß alle diese Emendationen unnütz sind, wird die folgende Note lehren.

pellari¹⁴⁾. GRANIUS FLAGGUS in libro de iure Papi-

14) PÜRTMANN Conjecturar. ad locos, quosd. iuris civ. depravatos Depad. (Lips. 1763.) et in Opusculor. Syll. pag. 95. will appellare fast appellari lesen. Allein GRAMER cit. lib. hat uns hier eine treffliche Bemerkung aus dem Schreiben eines großen Philologen, des gefeierten Heinrichs, über die Stelle unsers Paulus mitgetheilt, wofür man ihm nicht genug danken kann. Mit Recht verwundert er sich, wie bey der ganz übereinstimmenden Lesart der Vulgata und Florentina jene großen Rechtsgelehrten sich hätten können hinreissen lassen, zu ganz vergeblichen Conjecturen ihre Zuzucht zu nehmen. In der That seyen alle Versuche der Critik nichts als eine Verälschung der ganz richtigen Lesart. Bloß Unbekanntschaft mit dem Styl und der Constructionsart der Alten sey der Grund, wodurch man zu dem Irrwahn verleitet worden sey, die gemeine Lesart für fehlerhaft zu halten. Die Construction bey Paulus sey eine griechische, wie durch eine ganz deutliche Stelle aus des LEXYCI Orat. in Leograten p. 203. (edit. Roisk.) $\mu\epsilon\pi\delta\epsilon\ \alpha\delta\ \alpha\ \pi\omicron\beta\lambda\epsilon\pi\omicron\upsilon\upsilon\tau\alpha\varsigma\ \sigma\upsilon\pi\epsilon\delta\iota\lambda\epsilon\sigma\delta\alpha\iota\ \tau\eta\upsilon\ \pi\alpha\tau\epsilon\rho\alpha\ \mu\iota\lambda\epsilon\iota\upsilon$, in quas intuentes adgnosceret, erwiesen wird. Diese Construction ahmten auch die Römischen Classiker nach, und man findet sie selbst bey CRONIO de Finib. Bonor. et Malor. Lib. I. cap. 9. §. 30. wo es heißt: *Sentiri hoc putat, ut, calere ignem, nivem esse albam, dulce mel: quorum nihil oportere exquisitis rationibus confirmari.* Eben so bey CORNELIUS NARCO in Themistocle. Cap. VII. nr. 5. So wie nun den besten Classikern, so gefiel diese Construction auch unserm Paulus. Man enthalte sich also bey einer so offenbar richtigen Lesart aller Emenation. S. GRAMER de Verbor. Significat. pag. 147. sq. Von gleichem Gehalt ist die vom WIELING cit. loc. vorgeschlagene Versetzung der Worte. Er meint nämlich, man müsse so lesen: *eam nunc vero nomine concubinam, paulo ho-*

Glücks Erläut. d. Pand. 28. Th.

U a

riano¹¹⁾ scribit: PELLICEM nunc vulgo vocari,

nestiore *amicam* appellari. Ihm ist auch Gotfr. Masov in Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculian. Cap. II. §. 5. beygetreten. Allein auch diese Emendation beruht auf einem Irrwahn. Man hat geglaubt, der Name *amica* sey für anständiger gehalten worden, als der Name *concupina*. Allein, auch abgesehen von der Uebereinstimmung der florentinischen Lesart mit der Vulgata, so spricht für die Richtigkeit derselben, daß zwar der Name *Concupina*, nicht aber jener der *Amica* den Stempel der Befestigkeit erhalten hat. Daher findet man zwar den Namen *Concupina* häufig auf den alten römischen Inscriptionen, nirgends aber den Namen *Amica* im gleichen Sinne. S. FABRITIUS *Inscription.* Cap. I. nr. 234. Cap. III. nr. 261. et Cap. V. pag. 392. Denn das Wort *amica* leiten die Röm. Grammatiker von *amor* her, welches auch ein *amor turpis* seyn konnte. S. FESTUS in Voc. *Amicitiae*. Daher nannte man *amica* auch wohl eine mulier vagae libidinis, eine meretrix, wie Alb. GENTILIS in Comm. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad h. L. pag. 278. Andr. ALCIATUS Comm. ad eand. Leg. Jul. a BRYMA ad h. L. L. 144. und POTHIER in Pand. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. CLXV. Not. a. pag. 679. besonders MAJANSIUS in Commentar. cit. Tom. II. pag. 135. bewiesen haben. Letzter führt noch zwey treffende Stellen aus BUCIATHIUS und DIONYSIUS CATO an. Erster sagt in Comment. ad Homeri Iliad. Lib. VIII. *Concupinas habere legibus permissum erat, et Concupinae nomen prodrosium non erat.* Letzter in *Distich. moral.*

Cum coniax tibi sit, ne res et fama laboret,

Vitandam ducas inimicum nomen amicae.

Auf der von WIELING aus REINESIUS pag. 806. angeführten Inscription hat das Wort *amica* eine ganz andere Bedeutung, wie Herm. CANNegiETER cit. Diss. Cap. IV. Not. a. pag. 358. sq. gezeigt hat.

quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam ¹⁶⁾, quae uxoris loco sine nu-

15) Dieser *liber de iure Papiriano* war ein Commentar, den GRANIVS FLACCUS, jedoch, wie es scheint, nur über die geistlichen Gesetze der Könige, verfaßt hat. Denn das von CENSORINUS *de die natali*. Cap. 5. angeführte Wort *de Indigitamentis*, über die heiligen Ritus, wird für dasselbe gehalten, und wenn MACROBIUS *Saturnal.* Lib. III. Cap. 11. sagt: *In Papiriano iure* evidentler *religiosa est, arae vicem praestare posse mensam dicatam*, so ist dieß unstreitig von jenem Commentar zu verstehen. S. meinen lib. sing. *de iure civili Papiriano*. §. 34. et 39. (in *Opuscul. iurid.* Fasc. II. p. 213. sqq. et pag. 251.) Man sehe auch Hein. Ed. Dirks sen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 6. Abh. S. 280 f. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 1. Abh. §. 26 u. 27.

16) VALLA *de Rebus dubiis*. Cap. 48. will *secundum quosdam* lesen. Auch Jo. GORDDAEVS in Commentar. repetitae praelect. ad Tit. Pand. *de Verbor. Significat.* h. L. 144. nr. 6. erklärt das *quosdam* durch *quidam* so. *Veterum dixerunt*. Eben so Cujaz. Allein *quosdam* ist hier soviel als *quondam*. So liest auch Julius PACIVS. Denn die Buchstaben s. und n. sind häufig von den Alten mit einander verwechselt worden, wie CANNegieter in Diss. cit. ad Legem Numae. Cap. IV. (in FELLENBerg *Jurispr. antiq.* Tom. I. pag. 360. Not. a.) aus mehreren Beyspielen erwiesen hat. *Quondam* ist also hier eben soviel, als wenn MASSURIUS SABINUS sagt *apud antiquos*. ANTIQVI sind hier diejenigen, welche MASSURIUS SABINUS bey GELLIVS *Noct. Atticar.* Lib. V. cap. 19. *iuris veteris auctores* nennt. Es werden darunter die Rechtsgelehrten vor dem R. August verstanden, unter welchem die *Lex Julia et Papia Poppaea* gegeben worden

ptiis in domo sit, quam *καλλωτην* *) Graeci vocant.

Allein seitdem der Concubinat durch die Lex Julia et Papia Poppaea, als eine erlaubte Geschlechtsverbindung war anerkannt worden, unterschied der juristische Sprachgebrauch zwischen *pellex* und *concupina*. Nun nannte man *PELLEX* ein solches Weib, welches mit einem verheyratheten Manne neben seiner Gattin zusammenlebte; *CONCUBINA* aber diejenige Frau, welche mit einer unverheyratheten Mannsperson, zwar wie eine Gattin, aber nicht in ehelicher Verbindung, sondern ohne die Würde und Rechte derselben, zusammenlebte. *) *Granius Flac*

ist, und die sonst von den juristischen Classikern, die wir mit den Namen der Pandectensuristen zu bezeichnen pflegen, *Veteres* genannt werden. S. Dierksen's Abhandl. über die technische Bedeutung des Ausdrucks *Veteres*, und einiger anderer verwandter Bezeichnungen im Röm. Rechte. (in dessen Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 2. Abh. S. 2. S. 164. ff.) *Gaius Commentar. IV.* §. 30. umschreibt *Veteres* als diejenigen Rechtsgelehrten, qui *tanto*, nämlich vor den Julischen Gesetzen über das Gerichtswesen, iura considerunt.

17) Von dem griechischen Worte *καλλωτην* und *καλλωτην* hat mit vieler Gelehrsamkeit gehandelt *VALERIANUS in Ammonium Animadversion. L. I. cap. 12. pag. 52.* Man verstand darunter sowohl diejenige Frau, die mit einem verheyratheten, als die mit einem unverheyratheten Manne zusammenlebte. S. *CANNegieter Diss. cit. Cap. IV. bey Füllebrer Tom. I. pag. 355. sqd*

18) S. *HEINZELIUS ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 3. und CANNegieter v. l. p. 357. sqq.* Wenn es in den *Basilicis Tom. I. Lib. II. Tit. 2. Const. EXLIV.*

cus, der nach Censorinus ¹⁹⁾ unter Julius Cäsar blühte, und, wie Ducker ²⁰⁾ bemerkt, wohl noch die Zeiten des R. Augustus erlebt haben konnte, sagt ausdrücklich: *Pellicem* nunc (i. e. sua aetate) vulgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat. *Massurius Sabinus*, ein Schüler *Capito's*, lebte unter *Tiberius* ²¹⁾. Daß vor der *Lex Julia et Papia Poppaea* auch eine Concubine, die mit einem unverheyratheten Manne, wie eine Ehefrau, nur nicht in ehelicher Verbindung, zusammenlebte, *pellex* genannt wurde, beweisen die letztern Worte: quam Graeci *παλλακήν* vocant, welches griechische Wort sowohl eine *pellex* als *concubina* bezeichnete ²²⁾; so wie das Wort *Concubina*

heißt: *Παλλακή* εστιν ἡ συζῶσα τιμὴ ἐν τῷ οἴκῳ αἰ- τοῦ νομίμως χωρὶς γάμου. ἡ δὲ ἥττον τιμιωτέρα, φίλη λέγεται. i. e. *PELLEX* est, quae cum aliquo in eius domo legitime vivit sine nuptiis: paulo vero honestior, *Amica* dicitur; so entspricht dieses durchaus unserer L. 144. nicht. Denn theils wird hier bloß die alte Bedeutung des Wortes *pellex* mit Uebergang der neuen, beibehalten, theils der Name *concubina* mit dem der *amica* verwechselt, wie auch schon *Jo. Gail, Hoffmann* in *Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXXII. §. 5.* diesen Irrthum der Griechen bemerkt hat. Man sehe auch *Ramos DEL MANZANO ad Leg. Jul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 2. nr. 9. (Th. Maerm. Tom. V. pag. 443.)*.

19) De die natali. Cap. 3.

20) Opusc. var. de Latinitate Ictor. veter. pag. 147.

21) L. 2. §. 47. D. de Origine iuris. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 601. Not. 1. der 8. Auflage.

22) S. Goussanus. cit. Commentar. nr. 5.

vor August auch für pellex genommen wurde²³⁾. Pellicat und Concubinatus waren nun darin unterschieden, daß jener eine unerlaubte, dieser aber eine vom Gesetz erlaubte Verbindung war. Dennoch scheint dieser Unterschied zu den Zeiten der Pandecten-Juristen nicht so genau genommen zu seyn. Denn sonst wäre nicht zu erklären, warum die Römischen Eheweiber sich durch Pönalstipulationen gegen den Pellicat zu verwahren gesucht hätten. Papinian²⁴⁾ nennt eine solche Stipulation *ex bonis moribus concepta*, woraus eine Klage erwuchs, wenn derselben entgegengehandelt wurde. Dieß mag auch wohl die Ursache gewesen seyn, warum sich Kr. Constantin²⁵⁾ veranlaßt sah, den Pellicat aufs neue zu verbieten.

So bildete sich nun auch der römische Begriff vom Concubinatus, als einer gesetzlich anerkannten fortdauernden Geschlechtsverbindung zwischen einem unverheyratheten Manne, und einer unverheyratheten Frauensperson, welche zwar der ehelichen Verbindung ähnlich, aber durch den Mangel der *affectio maritalis* und der ungetheilten Lebensgemeinschaft, worin der wesentliche Character der Ehe besteht²⁶⁾, von derselben unterschieden wurde.

23) CICERO *de Oratore. Lib. I. cap. 40. nr. 183.*

24) *L. 121. §. 1. D. de Verbor. Obligat.*

25) *L. un. Cod. de Concubin. S. JORDENS Diss. I. de Legitimatione. Cap. III. §. 4. (bey FELLENBURG Tom. II. pag. 341. sq.)*

26) *L. 32. §. 13. D. de donat. inter Vir. et Ux. ULP. Non enim coitus matrimonium facit, sed MARITALIS AFFECTIO. — L. 31. pr. D. de donat. PAPIAN. An autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitas coniunctione consi-*

Seitdem die Ehen bey den Römern, ohne Conventio in manum, durch den bloßen Consensus geschlossen wurden ²⁷⁾, und weder instrumenta dotis, noch irgend eine andere äußere Form und Feyerlichkeit nothwendig erfordert wurde ²⁸⁾; sondern das bloße wirkliche, ernstliche, und freywillige Zusammentreten von zwey freyen Personen verschiedenen Geschlechtes zur ungetheilten Gemeinsamkeit des ganzen Lebens und der Schicksale, dertu dieß soll jener Consensus bedeuten ²⁹⁾, Stand und Rang mit eingeschlossen ³⁰⁾, eine gültige Ehe hervorbrachte; war es oft schwer, den Concubinatus von einer freyen Ehe, wegen der nahen Verwandtschaft zwischen beyden, zu unterscheiden. Alles kam daher nur auf das äußerlich erkennbare Daseyn jenes consensus matrimonialis; oder der affectio maritalis an. War nun eine Dos förmlich bestellt, so lag darin ein stillschweigendes Auerkenntniß der Ehe ³¹⁾. Eben so konnte auch die, selbst in der christl.

derata, perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. §. 1. I. de patr. pot. MATRIMONIUM est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens.

27) L. 30. D. de Reg. iuris. L. 11. D. de Spansal. L. 66. pr. D. de donat. inter V. et U. L. 15. in fin. D. de conditionib.

28) L. 22. et 24. C. de nupt. Nov. XXII. Cap. 3.

29) G. Joh. Christ. Haffe Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 31—34. S. 96 ff.

30) L. 51. pr. D. de donat.

31) L. 3. D. de iure dot. ULP. Neque enim dos sine matrimonio esse potest. L. 20. C. de donat. ante nupt. Dos propter nuptias fit, et sine nuptiis nulla dos intelligitur.

chen Zeit noch nicht abgekommenen; oft sehr feyerliche *deductio in domum mariti* ³²⁾, (daher *uxorem ducere*) juristisch betrachtet; zum Beweis des *animus maritalis* dienen ³³⁾. Vorzüglich aber schien die in den Ehepacten stehend gewordene, aber auch wohl mündlich vor Zeugen ausgesprochene Formel ³⁴⁾: man heyrathe, oder man habe eine Frau *liberorum procreandorum* (*quaerendorum*, oder *suscipiendorum*) *causa*, zur Bezeichnung des wahrhaft ehelichen Consenses, geeignet zu seyn, nicht darum, als ob Kinderzeugung gerade für den Hauptzweck der Ehe zu halten sey; sondern weil auf rechtl. Wege Vaterschaft und Familienverhältniß anders nicht begründet werden konnte ³⁵⁾. Denn so wie nur diejenigen Kinder im rechtlichen Sinne für *fili*, *filiaeque* gehalten werden, welche ehelich erzeugt worden sind, eben so haben auch nur so erzeugte Kinder einen Vater, durch den sie in väterlicher Blutsverwandtschaft stehen, und

32) S. den 22. Th. dieses Commentars §. 1191. S. 400 ff. Und vorzüglich Haffe Süterrecht der Ehegatten 1. B. S. 32 — 34.

33) S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian 1. B. 2. Abth. §. 145. S. 531.

34) Man sieht dieses ganz deutlich aus einer Stelle Ulpian's, in dessen *Fragm. Tit. III. §. 3.* es heißt: *Nam lego Junia tantum est, ut si (Latinus) civem Romanam, vel Latinam uxorem duxerit, testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit; etc.*

35) S. Haffe a. a. D. §. 35. S. 117. Heint. Ed. Dittsen's Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1823.) 1. Abth. S. 53. f. und Zimmern angef. Geschichte a. a. D. §. 145. S. 532 f.

in dessen väterlichen Gewalt sie sind ³⁶). Daher sagt der Kaiser Probus *L. 9. Cod. de Nupt.* daß wenn auch keine *tabulae nuptiales* errichtet worden, dennoch die Wahrheit der Ehe keinem Zweifel unterworfen seyn, und daher die darin erzeugte Tochter als eine eheliche gelten solle, wenn nur die Nachbarn, oder andere Leute bezeugen können, daß Fortunatus, an den das Rescript gerichtet ist, die Frau *liberorum procreandorum* causa bey sich gehabt habe ³⁷). War die *affectio maritalis* durch keine so deutliche Formel an den Tag gelegt worden; so konnte eine rechtliche Vermuthung eintreten. Es kam nämlich darauf an, mit welcher Person die Verbindung war eingegangen worden. Hatte Jemand eine *ingenuam et*

36) *L. 3. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* GAJUS. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus. *L. 4. D. eodem.* ULP. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est. *L. 6. pr. D. eodem.* IDEM. Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur.

37) *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem LIBERORUM PROCREANDORUM GRATIA domi habuisti, et ex eo MATRIMONIO filia suscepta, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sint, non ideo minus VERITATEM MATRIMONII aut SUSCEPTAE FILIAE suam habere potestatem.* Man vergleiche damit die Stelle des Callistratus *L. 230. §. 3. D. de Verb. Signif.* Hierher gehört auch die Stelle aus QUINCTILIANI *Declamat. CCXLVII.* in *sa. Sermonis.* *Fingamus, nuptias quidem fecisse nullas, coisse autem LIBERORUM CREANDORUM GRATIA: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata.* Man sehe *Ger. Nooht Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. §. Nunc rem.* (Tom. II. *Opp.* pag. 486.) und den 23. Th. dieses Commentars. §. 1205. S. 137.

honestae vitae mulierem zu sich genommen, mit der er fortwährend, wie mit einer Ehefrau, zusammenlebte; so ward angenommen, daß eine Ehe geschlossen sey ³⁸). Wollte er das nicht, so mußte er ausdrücklich vor Zeugen (testatione) erklären und bekanntmachen, daß er die Frau als Concubine nehme ³⁹). Wer aber weder das Eine noch

38) *L. 24. D. de Ritu nupt. MODESTINUS Lib. I. Regular.*
In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt.

39) *L. 3. pr. D. h. t. MARCIANUS libro XII. Institutionum.*
In concubinato potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fessit: alioquin, si honestae vitae, et ingenuam mulierem in concubinatum habere mauerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur: sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere. *Ger. NooDr Comment. ad Dig. h. t. in fin. pag. 537.* erklärt die Worte: *sine testatione hoc manifestum faciente* so: id est, sine matrimonio, sive palam coram vicinis aut aliis testibus non declarato, *se illam domi habere liberorum procreandorum gratia:* id enim hac loquendi forma indigitari, idemque sequente versu fortissime evincere. hanc MAROZANI sive illationem sive conclusionem: *Sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* NooDr meint nämlich, eine mulier ingenua et honestae vitae habe man vermöge eines gewissen Senatusconsulti, dessen Papinian *L. 10. §. 2. D. ad L. Jul. de adult. coerc.* gedenkt, und TACITUS *Annal. Lib. II. cap. 85.* wörtlich anführt, gar nicht als Concubine bey sich haben dürfen. Man habe sie entweder heyrathen müssen, oder wer dieß nicht gewollt, und ohne Ehe mit ihr gelebt, habe sich eines stupri schuldig gemacht. Eben dieser Meinung waren auch schon vor

das Andere wollte, machte sich des criminis stupri schuldig⁴⁰). War hingegen die Person, mit welcher Jemand

(hm Jac. RAEVARDUS Varior. Lib. IV. Cap. 16. und M. Vertran. MAURUS de Jure liberorum. Cap. 30. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 1043.) Allein die Erklärung der testatio von einer nuptialis, scil. uxorem duci liberam procreandorum causa, ist dem Sinne der Worte offenbar entgegen, wie FRANCISC. RAMOS DEL MANZANO in Commentar. ad Leges Juliam et Papiam Popp. Lib. IV. Reliquat. 2. nr. 8—10. (in *Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 443.) deutlich erwiesen hat. Für die von mir angenommene Erklärung spricht auch der griechische Scholast in den *Basilicis Tom. VII. Lib. LX. Tit. 37. Sch. h.* pag. 639 sq. wo es heißt: εὐνῆς ζωῆς ἐστὶ καὶ εὐγενῆς ἢ γυνή, οὐ δυναταί τις ἔχειν αὐτὴν παλλακίδα, εἰ μὴ ἀρα προδιαμαρτύρηται ὅπως παλλακίδα αὐτὴν ἔχει. χάρις γὰρ τῆς διαμαρτυρίας ταύτης εὐνὴ συναφθῆ, ἢ γαμετὴν αὐτὴν ἔχειν πιστεύεται, εἰ μὴ ἔχων διάδοξον γαμικὴν πρὸς αὐτὴν στοῦπρον ἀμαρτάνει. i. e. Si honestae vitae est et ingenua mulier, non potest quis eam habere in concubinato, nisi coram testibus manifestum faciat, SE EAM IN CONCUBINATU HABERE: alioquin sine hac testatione si ei iungatur, vel uxorem habere creditur, vel si non habet affectionem maritalem erga eam, stuprum committit. Daß diese testatio keine nuptialis, sondern eine ganz andere gewesen, sieht man weiter aus dem Sch. i. Ἦρον ὅτι παλλακὴ ταύτη χρᾶται, οὐ μὴν γυναίκα. d. h. nimirum quod ea concubina utatur, non uxore. Mit dieser Erklärung stimmt auch ACCURSIUS überein. Daß nun auch aller vom THOMASIVS in Diss. de concubinato §. 12. erträumte Widerspruch mit L. 1. §. 1. h. t. und L. 24. D. de Rita nupt. wegfallt, haben HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. IV. cap. 2. §. 4. pag. 172. und JORDENS cit. Diss. Cap. III. §. 8. längst gezeigt.

zusammenlebte, eine liberta, oder zwar eine ingenua, aber eine solche, quae quaestum corpore fecit ⁴¹⁾, oder damnata adulterii ⁴²⁾, oder sonst eine niedrige Person, die man nach den Gesetzen nicht zur Ehefrau machen durfte ⁴³⁾, und in quam stuprum non committitur ⁴⁴⁾; so sprach die Präsumtion für den Concubinat, wenn gleich instrumenta dotalia vorhanden waren. Denn diese konnten keine Ehe unter solchen Personen hervorbringen, zwischen welchen die Gesetze keine ius concubii gestatteten ⁴⁵⁾.

Justinian ließ es Anfangs noch beym Alten. Noch in der *Nov. XXII. Cap. 3.* heißt es: *Nuptias mutuus facit affectus, dotalium instrumentorum accessione non indigens.* In der Folge aber, nämlich in der *Nov. LXXIV. Cap. 4. §. 1.* und *Nov. CXVII. Cap. 4.* verordnete er, daß die Personen der dignitatum maiorum, usque ad Senatores et Illustres, keine

40) *L. 34. pr. D. ad L. Jul. de adulter. MODESTINUS libro I. Regularum. Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet: excepta videlicet concubina.*

41) *L. 3. pr. D. h. t.*

42) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

43) *L. 3. pr. D. h. t.* Bey einer ingenua, obscuro loco nata, bedurfte es auch so wenig, als bey einer liberta einer Anzeige. *S. Zimmermann angef. Geschichte. §. 133. S. 488. Not. 19.*

44) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

45) *L. 16. D. de his, quae ut indignis. S. HERNANDEZ ad L. Jul. et Popp. Popp. lib. II. Cap. 4. §. 4. pag. 173.*

Ehe anders, als *confectis domibus instrumentis*, soll-
ten eingegeben können.⁴⁵⁾

Der Unterschied zwischen Concubina und Uxor be-
stand nun darin⁴⁷⁾

1) Die Concubine nahm an dem Stande und Würde
des Mannes, mit dem sie zusammenlebte, keinen An-
theil⁴⁸⁾; während der Mann die Ehefrau als die ihm
gleichstehende Genossin seines Ranges und seiner Würde
öffentlich anerkannte⁴⁹⁾. Zwar hatte die eigene Liberta
des Patrons *matronae nomen* und *matrisfamilias
honestatem*⁵⁰⁾; aber an dem Range des Mannes nahm
sie dennoch keinen Antheil⁵¹⁾. Der Vorzug der uxor
vor der Concubine zeigte sich aber

2) besonders darin, daß wegen Entwendungen gegen
die Concubine die *actio furti*, gegen die uxor aber eine
die Ehe sehr schmerzende Klage, die *rerum amotarum
actio*, Statt hatte⁵²⁾. Einer Uxor konnte ferner

46) E. den 24. Th. des Commentars. §. 342.

47) S. RAMOS DEL MANZANO cit. Schediasma de Concu-
binis. Cap. III. (in *Phes. Meerm.* Tom. V. pag. 559 sq.)

Em. MERILLIUS Observation. Lib. III. Cap. 16. und
JORDENS cit. Diss. I. de legitimat. Cap. III. §. 9. (bey
FELLENBERG Tom. II. pag. 347 sq.)

48) L. 4. D. h. t. L. 49. §. 4. D. de legat. III.

49) L. 32. §. 13. D. de donat. inter Vir. et Ux. L. 31.
pr. D. de donat. PAULUS Senteniar. Recept. Lib. II.
Tit. 20. §. 1.

50) L. 13. pr. D. ad Leg. Jul. de adulter. L. 41. §. 1.
D. de Ritu nuptiarum.

51) S. Haffe Güterrecht der Ehegatten. §. 35.
Nol. 171. §. 116.

3) der Ehemann gültig nicht schenken; die Schenkung hingegen war gültig und unwiederruflich, die ein Römer seiner Concubine gemacht hatte⁵³⁾. Eine Concubine konnte

4) auch eine ancilla seyn, eine uxor aber nur eine freie Person⁵⁴⁾:

5) Nur unter Ehegatten hatte ein divortium Statt, nicht unter denen, die im Concubinate lebten⁵⁵⁾. Eine Concubine konnte auch ohne alle Form wieder entlassen werden, aber nicht die uxor⁵⁶⁾.

6) Ein kaiserlicher Beamter konnte in der Provinz, in welcher er sein Amt verwaltete, zwar eine Provinzialin zur Concubine, aber nicht zur Frau haben⁵⁷⁾. Endlich

7) zeigte sich der wichtigste Unterschied zwischen Concubinat und Ehe in Ansehung der Kinder⁵⁸⁾. Con-

53) L. 17. D. de act. rer. amot. UERIAN. Si concubinae res amovaris, hoc iuraturur, ut furti tenetur.

54) L. 3. §. 1. in fin. D. de donat. inter V. et U. L. 31. pr. D. de donat. Bey den Concubinen der Soldaten (foeciales militum) scheint jedoch eine Ausnahme Statt gefunden zu haben. L. 2. C. de donat. int. V. et Ux. (V. 16.)

54) L. 8. D. de pignor. L. 38. pr. D. de rebus auct. iud. possid. L. ult. Cod. Communaria de manumiss. (VII. 15.) Pr. I. de rupt.

55) L. 17. pr. D. de act. rer. amotar.

56) L. 9. L. 11. D. de divort. G. THOMASII Diss. cit. §. 14.

57) L. ult. D. h. t.

58) G. Fit. Cod. Theod. et Justin. de naturalibus liberis, et matribus eorum. JORDANI Diss. I. de Legitimatione Cap. II. §. 3—5. Meine Intestatersfolge. §. 127 — 130. der

cupinen Kinder hatten nicht die Rechte ehelicher Kinder. Sie waren auch nicht in der väterlichen Gewalt. Sie hießen zum Unterschied der ehelichen Kinder *liberi naturales*. Jedoch waren damit anfangs alle uneheliche Kinder gemeint⁵⁹⁾. Erst seit Constantin wurden die Kinder einer Concubine im eigentlichen Sinne *naturales* genannt⁶⁰⁾. In dem griechischen Text der Novellen⁶¹⁾ werden sie *υδοι* genannt, welcher Ausdruck also hier nicht jedes uneheliche Kind, sondern bloß die Concubinen Kinder, die *naturales* im eigentlichen Sinne, bezeichnet⁶²⁾. In Ansehung der Mutter, und mütterlichen Verwandten standen nun zwar die Kinder einer Concubine eben so, wie die übrigen unehelichen Kinder einer Mutter, den ehelichen Kindern gleich⁶³⁾. Aber einen Vater im Sinne des Civilrechts, und väterliche Verwandtschaft haben diese Kinder nicht⁶⁴⁾. Nach den Gesetzen der

2. Aufst. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. S. 134. S. 491. ff.

59) L. 45. D. de vulgari et pupill. substitut. L. 17. §. 4. D. de Sctum Trebell. S. Zimmern a. a. D. Not. 2. S. 491.

60) Nov. LXXXIX. Praef. Diese eigentliche Bedeutung von *liberi naturales* liegt in dem ganzen Tit. Cod. de naturalibus liberis, und in den Novellen zum Grunde. In dieser Bedeutung werden *naturales* und *spurii* sehr genau unterschieden. S. Jac. Cujacii Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. XXVII. Lib. V. de naturalibus liberis.

61) Nov. LXXIV. und Nov. LXXXIX.

62) S. Jordans c. 1. §. 3. pag. 331.

63) L. 5. C. ad Sctum. Orfit.

64) Pr. Justinus L. 7. Cod. Just. de naturalibus liberis sagt ius nomenque patris liberis naturalibus esse denega-

Pandecten wurden sie daher, in Ansehung des Vaters, wie extranei angesehen, und konnten, so wie die Concubinae selbst, nur aus letzten Willensverordnungen desselben succediren⁶¹⁾. Von einer Intestatersfolge derselben

tum, i. e. nomen iusti patris. Denn PATER is est, quem iustae nuptiae demonstrant. L. 5. D. de in ius vocando. S. CUSACII Paratitl. in Cod. Lib. V. Tit. 27.

65) In Ansehung der natürlichen Kinder sehen diese die L. 45. D. de vulg. et pupill. substit. und L. 17. §. 4. D. ad Sctum Trebell. außer Zweifel. Daß man aber auch die Concubinae selbst im Testament bedenten konnte, lehrt nicht nur Celsus L. 29. pr. D. de legat. II. sondern auch Papinian L. 16. §. 1. D. de his, quae ut indignis. Hier sagt Papinian: Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur: eius, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur: idque in testamento Cocceji Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleq̄ dilexerat, optimi maximique Principes nostri iudicarunt, cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitam (oder wie Haloander und andere richtiget lesen quaesitam) apparuit. Man hat zwar bey Erklärung dieser Stelle soviel Schwierigkeiten gefunden, daß man sogar zur Emendation seine Zuzucht genommen hat. So will J. B. Jac. CUSACIUS Observat. Lib. V. cap. 6. am Schlusse der Stelle, statt vulgo quaesitam apparuit, vielmehr vulgo quaeestam fecisse adparuit lesen, und läßt den Cassianus, uneingedeht der L. 1. §. 3. D. h. t. und L. 7. D. de gradib. et adfin. nach dem Tode der Rufina, mit welcher er in rechtmäßiger Ehe gelebt haben soll, deren Tochter, also seine Stieftochter, zu seiner Concubine machen, quia apparuerit,

war vor Justinian keine Rede. Allein im Codex ward jenes Recht zum Nachtheil der Concubinensinder

eam quaestam fecisse corpora, datum habe sie können seine Concubine seyn. Allein diese incestuose Interpretation haben schon Petr. PERRINONIS Animadversion. et varior. Lectionum iuris civ. Lib. II. Cap. 25. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. I. pag. 655. sq.) Em. MERRILLIUS Observat. Lib. III. Cap. 17. und besonders HEINRICIUS ad Lag. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 1. §. 2. pag. 109 sq. et Cap. IV. pag. 259. mit Recht verworfen. PERRINONIS hat nun zwar Recht, wenn er meint, Coe-
 jus Cassianus habe mit der Rufina im Concubina-
 to nicht gelebt; wie er ganz richtig daraus schließt, weil sie
 schon vorher eine *filiam vulgè quaesitam* hatte. Da
 ihm nun aber doch die Worte: *qui Rufinam ingenuam
 honore pleno dilexerat*, auf eine *affectio maritalis* hin-
 zudeuten scheinen, so erlaubt er sich die Lesart durch
 Einschreibung einer Negation zu ändern. Er liest also:
qui Rufinae ingenuam non honore pleno dilexerat.
 Allein Joh. Roth, wie Thoz de Memoria propa-
 gata I. 2. pag. 132. gezeigt hat. Ich übergehe die Emen-
 dationen Anderer, weil sie eben so kühn, als unnütz sind.
 Daß diese Stelle sich ohne alle Emendation ganz richtig
 erklären lasse, haben Guida PASTOROLUS in Thesouro
 varior. Lection. utriusque iuris. (Lugd. 1617.) Lib. II.
 cap. 102. pag. 274. sq. Jac. RABYANUS Conjectaneor.
 Lib. II. cap. 5. (Opp. Tom. II. Lugd. 1623. 8.) Greg.
 MALANSIUS ad triginta IGtorum omnia fragmenta,
 Tom. II. pag. 138. sqq. Jos. Fern. de RETE Opusculor.
 Lib. VIII. Cap. 22. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI.
 pag. 406.) Em. MERRILLIUS o. l. und HEINRICIUS o. l.
 pag. 109. gezeigt. Eine Frauensperson ließ sich von
 einem Manne zur Concubine annehmen, der nicht ihr
 Patron war. Denn daß eine *aliena liberta* im Concu-
 binate seyn konnte, sagt Marcian ausdrücklich L. 5. pr.

und ihrer Mutter abgeändert. Kaiser Constantin der Große gab nämlich seine Verfügung gegen den Con-

D. h. t. Es ist aber auch nicht einmal nöthig, hier gerade eine *liberta* anzunehmen. Sie konnte auch eine *ingenua* seyn, die keinen Patron haben konnte. Dieser Mann machte ein Testament, und bedachte darin seine Concubine. Nun entstand die Frage, ob der Fiscus das Vermächtniß einziehen könne? Daß eine *stupro cognita*, oder auch eine solche maulier, in *quam turpis suspicio cadere potest*, auch nicht einmal aus einem privilegirten Soldaten Testamente erworben konnte, hat keinen Zweifel. Die *L. 14. D. de his, quae ad indign.* und *L. 21. pr. D. de testam. milit.* lassen keinen Zweifel übrig. Ein solches Vermächtniß fiel also ohne allen Zweifel an den Fiscus. S. Zimmerern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. S. 133. Not. 25. S. 489. Allein davon konnte hier nicht die Rede seyn, weil man längst dattu einverstanden war (placuit), daß an einer solchen Person kein *Stuprum* begangen werde, mit der man in einem erlaubten Conubinate lehte. Daher findet auch Papinian in dem vorliegenden Falle kein Bedenken, das Vermächtniß für ein solches zu erklären, aus dem die Klage nicht versagt werden könne. Concubinen hatten sogar vor Eheweibern den Vorthell, daß sie das Vermächtniß ganz erhielten, wovon Eheweiber nach der *Lix Julia de decimis et solidi capacitate* (ULPIAN Fragm. Tit. 15 et 16.) nicht das Ganze (Solidum) erhalten konnten. Papinian bestätigt aber seine Entscheidung noch mit einem merkwürdigen wirklich streitigen Falle aus dem Testament eines gewissen Coecilius Cassianus, den die Kaiser Severus und Antoninus entschieden hatten, wo es sogar noch zweifelhaft war, ob dieser Cassianus wirklich mit der Person im Conubinat gelebt habe, deren Tochter er mit seiner Enkelin in seinem Testament eingesetzt hatte. Cassianus war ein Senator. Denn diese hießen

cubinat zuerst dadurch zu erkennen, daß er ihren Senatoren
 und andern vornehmen Beamten ohne aus irgend einer
 clarissimi. L. 8. D. de Senatoribus. Dieser Mann
 hatte mit einer ingenua zusammengeliebt. Sie wird Rufi-
 fina genannt, welche er pleno honore geliebt hatte.
 wäre Haloganders Bekant; *plena amoris* richtig; so
 hätte wohl nicht die Frage seyn können, ob er sie zur
 Concubine; oder zur Frau gehabt habe. Denn der *ple-
 nus honor* ist, so wie Papinian, an einem andern
 Orte (L. 31. D. de donat.) sagt, gewis der maritalis
 honor et affectio, wodurch sich die uxor von einer Con-
 cubine unterscheid. Mag aber auch Cassianus immer-
 hin seine Rufina, wie eine Gattin geliebt haben, denn
 die Bekant Haloganders hat nicht die geringste Aucto-
 rität für sich, wenn ihr gleich Ant. FABR Conjectu-
 rar. iur. civ. Lib. III. esp. 14. hulldiget); seine iusta
 uxor konnte sie dennoch nicht seyn. Liebt ja auch Bes-
 passian seine Canthe, und Commodus seine Mar-
 cia eben so, ut *parva iustae uxoris loco* habent;
 und doch war die eine, wie die andre, nur Concubine
 des Kaisers, wie SEXTON, in *Vespas.* q. 3. und HERO-
 DIAN I. pag. 26. erzählen. S. die Rose des MARCILIVS
 zu der Stelle des SEXTON. in der Ausgabe des PITISOVS.
 Unsere Rufina war zwar eine ingenua, aber doch eine
 mulier vulgaris, quae quaestum corporis fecerat.
 Denn ihre Tochter wird eine vulgo quaeqita genennt.
 Eine solche Person konnte nach der *Lex Julia de mari-
 tandis ordinibus* nicht die Frau eines Senators seyn.
 ULPIANVS *Fragm. Tit. XIII. §. 1.* Sie war aber auch
 keine stupro compressa. Denn an einer solchen inge-
 nuæ, quae corpus vulgaverat, konnte kein stuprum
 begangen werden. L. 34. §. 1. D. ad Leg. Jul. de
 adult. S. Jo. Guil. HOFMANN ad Leg. Juliam de
 adulter. Cap. IV. §. 4. Die Rufina konnte also nur
 Cassians Concubine seyn. L. x. §. 1. L. 3. pr. D.
 de Conoubin. Cassian hatte sie auch wirklich nur als

mit gewissem in der Constitution selbst näher beschriebenen niedrigen Frauenpersonen eingezugener Verbindung erzeugten Kindern, mag sie der, welcher Vater genannt wird, als *legitimi* oder *naturales* angesehen haben wol-

Concubine bey sich. Papinian folgert dieß aus mehreren Gründen. Erstens daraus, weil Cassian die Tochter der Rufina nicht *privigna*, sondern nur *alumna* nennt. Er würde sie aber *privigna* genannt haben, wenn er mit ihrer Mutter in *modum iustae uxoris* gelebt hätte. Ich bemerke hierbey, daß es wohl ein Irrthum ist, wenn Gail. RANCIANUS Variar. Lection. III. Lib. III. Cap. 1. (S. *Thas. Otton. Tom. V. pag. 247.*) meint, die Tochter der Rufina wolle vom Cassianus in diesem Concubinat mit der Mutter erzeugt worden. Denn wäre sie seine Tochter gewesen, so würde er sie ja nicht in seinem Testamente *alumna* genannt haben. Es widerlegt sich dieß aber noch mehr aus dem zweyten Grunde Papinians, die Tochter der Rufina war eine *vulgo quaesita*. Cassian konnte also die Mutter derselben im Ernst nicht zur Ehefrau genommen haben. Denn ihm stand ja das Gesetz entgegen, welches er doch, als Senator, kennen mußte. Hatte also Cassian seine Rufina im Testamente bedacht, so war dieß kein *legatum ereptitium*, sie konnte es vielmehr ganz erhalten, eben weil sie keine Ehefrau war. Papinian sagt zwar davon nichts; allein wir können uns dieses mit PANDOLUS o. l. und REXES o. l. füglig dazu denken, weil es die Hauptfrage war, die Papinian hier entscheidet, nämlich ob einer Concubine gültig etwas im Testament hinterlassen werden könne? Cassianus hatte zwar zugleich die Tochter seiner Concubine mit seiner Entelin zur Erbin eingesetzt, allein über die Gültigkeit dieser Erbeinsetzung konnte nun noch weniger Zweifel entstehen. Denn konnte Cassian die Mutter im Testament einsetzen, warum nicht auch die Tochter derselben?

len, so wie deren Mutter, etwas durch Schenkung oder sonst zuzuwenden verbot. Würde es dennoch geschehen, so soll ein solches Geschenk, oder Vermächtniß den legitimen Kindern des Vaters, oder den Geschwistern oder den Eltern herausgegeben werden, oder in deren Ermangelung an den Fiscus fallen⁶⁶⁾. Ja wir haben jetzt aus dem Fragment einer von Pryran wieder aufgefundenen Constitution des Kaisers Constantin des Großen vom J. 336. erfahren⁶⁷⁾, daß das, was einem Concubinenkinde von seinem natürlichen Vater geschenkt oder hinterlassen worden, nur an solche Geschwister fallen solle, welche consanguinei, und also Agnaten sind, nicht an uterinos, so wie dieser Kaiser, auch bey der Inofficiquitäts-Duerel der Geschwister denselben Unterschied gemacht hatte⁶⁸⁾. Was hier für den Orient verordnet worden, ward in der *L. 3. C. Theod. de natural. fil.*⁶⁹⁾ für den Occident wiederholt, welches letztere Gesetz die *L. 1. C. Just. eod.* ist.

Milder waren die Kaiser Valentinian, Valens und Gratian gegen die natürlichen Kinder und deren Mutter gesinnt, wie auch Justinian dieses selbst in einer seiner Novellen⁷⁰⁾ rühmt. Diese Kaiser milderten nämlich jenes

66) *L. 1. Cod. de naturalib. liberis.*

67) *S. Car. Frid. Christ. WENCK Cod. Theodos. libri V priores (Lips. 1825.) pag. 212.* Man vergleiche damit noch die *L. 5. Cod. Theodos. de naturalib. filis.* Bey WENCK pag. 219.

68) *L. 1. C. Th. de inoff. testam. S. WENCK Not. z. ad L. 2. C. Th. de nat. fil. pag. 212.*

69) Bey WENCK. d. l. pag. 216 — 217.

70) *Nov. LXXXIX, Cap. 12. pr.*

harte Befehl des ersten christlichen Kaisers in einer Constitution vom J. 375⁷¹⁾ darin, daß sie verordneten, ein Vater könne seinen natürlichen Kindern, oder auch seiner Concubine unter Lebenden, oder auf den Todesfall etwas von seinem Vermögen zustanden; nämlich wenn er legitime Descendenten, Vater, oder Mutter habe, ein Zwölftheil (uncia), in Ermangelung derselben zwar etwas mehr, aber doch nicht über ein Viertel seines Vermögens.

Die Kaiser Arcadius und Honorius erneuerten die vorige Verordnung mit der Modification, daß wenn die Concubine nur allein vorhanden wäre, ihr mehr nicht, als $\frac{1}{4}$ (semuncia) solle zugewendet werden können. Die hiervon vorhandene Constitution im Justinianischen Codex⁷²⁾ ist sehr interpolirt, wie wir jetzt aus der durch den Turiner Palimpsest wieder aufgefundenen Verordnung der gedachten Kaiser erfahren. Sie ist jetzt die L. 6. *Cod. Theod. de naturalib. filijs*, welche bey Wenck⁷³⁾ folgendermassen lautet.

Impp. ARCADIVS ET HONORIUS AA. ET THEODOSIVS A. *Anthemio* Pf. P.

Damus patrum arbitrio, si tamen legitima prole careant, nec filios, vel nepotes ex filio matremve habeant, naturales filios, quos ex quaesito

71) Bey GOTHOFREDDUS *Cod. Theod. Tom. I. pag. 392. edit. Ritter.* die L. 1. nun bey WENCK c. I. pag. 217. sq. die L. 4. *Cod. Th. de natural. filijs.* Es ist hierin von einem temperare leges Constantinianas die Rede. S. *Jac. GOTHOFREDI Commentar. pag. 393.*

72) L. 2. *C. de naturalib. liberis.*

73) *Codicis Theodosii libri V. priores. LIB. IV. Tit. 6. N. 6. pag. 220.*

susceperint contubernio, eorumque matrem, tres bonorum suorum uncias largitate prosequi, seu ultima voluntate: matre vero, vel ceteris personis, quae ex connubio sunt, hoc est, legitimis filiis, vel nepotibus ex filio, viventibus, vel existentibus, pater bonorum suorum unam tantum unciam naturalibus filiis eorumque genitrici largiendi aut relinquendi habeat potestatem. Dat. Id. Novemb. Constantinop. Stilicone II. et Anthemio Cass. (405.)

Dieses Gesetz wiederholt also, was die L. 4. Cod. Th. eod. verordnet hatte, und wiederholt auch wohl nur für den Orient, was die sehr lüdenhafte L. 5. Cod. Theod. eodem für den Occident verordnet haben mochte, aus welcher die Verfasser des Justinian Codex die in Aufhebung der Concubine gemachte Modification in die L. 2. cit. aufgenommen haben. Die Constitution ist auch in Justinian's Compilation darin interpolirt, daß sie von Enteln überhaupt spricht, nicht, wie jene L. 6. Cod. Theod., von nepotes ex filio⁷⁴⁾, und auch noch einen neuen Zusatz enthält. Ueberdem ist der ganze erste Theil der L. 6. C. Th. weggelassen. Inscription und Subscription ist übrigens die nämliche. In dem Justin. Codex lautet die L. 2. eodem. also

74) Unstreitig darum, weil hierin das Recht durch die L. 4. Cod. Theodos. de legit. hered (V. 1.) oder die L. 9. Cod. Justin. de suis et legitim. liber. welche achtzehn Jahre jünger ist, als die L. 4. C. Th. geändert worden ist. S. WENCK ad L. 4. Cod. Theod. de nat. fil. not. f. pag. 218. not. l. pag. 219. und ad L. 6. C. Th. eod. not. r. pag. 220. S. auch Zimmern Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. S. 134. Not. B. S. 73

Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus, vel pronepotibus cuiuscunque sexus, uno pluribusve existentibus, honorum suorum unam tantum unquam pater naturalibus filiis seu filiabus, eorumque genitrici, vel si sola sit conaubina, semiunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem. Quicquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri, vel ceteris successoribus inrobeddatur.

Die letzten Worte fügte Justinian hinzu, um das Gesetz von dem Vorwurfe der Unvollkommenheit zu befreien, den er ihm in seinen Novellen⁷⁵⁾ macht. Nach diesem Zusatze soll also das, was den natürlichen Kindern, oder deren Mutter ultra modum zugewendet worden ist, den legitimen Kindern, oder übrigen Verwandten zuwachsen.

Kaiser Valentinian III. stellte zwar das strenge Gesetz des Kaisers Constantin des Großen im J. 426. wieder her, dessen Constitution wir aber nicht mehr haben⁷⁶⁾; allein Theodos der zweyte hob es für den Orient, welchen er beherrschte, wieder auf, und stellte das Recht wieder her, was durch die L. 4. und L. 6. C. Th. de nat. fil. war eingeführt worden; aber doch nur in Ansehung der natürlichen Kinder; denn was Valentinian's Constitution von der Concubine selbst verordnet hatte, ließ er stehen. Es ist nach Gothofred⁷⁷⁾ die

75) Nov. LXXXIX. Cap. 18. pr.

76) Es scheint das Turiner Fragment der L. 7. C. Th. de nat. fil. bey WENCK pag. 221. der Anfang derselben, und die L. 3. C. Th. de libertis, bey WENCK pag. 236. ein Theil dieser Constitution gewesen zu seyn. S. die Not. u. pag. 221.

77) Cod. Theod. Tom. I. pag. 395. edit. Rüt.

L. 2. nach Wend⁷⁸⁾ aber die L. 8. C. Theod. eodem. gegeben zu Constantinopel 428. Die Worte dieser Constitution sind.

Naturales liberi eorumque matres neq̄ parentum arbitrio in successionebus ceterisque modis, quibus rei mobilis vel immobilis dominium confirmatur, passim et sine legis distinctione congrua permittantur, nec tamen legis, quae nuper lata est, asperitate premantur, cum satis sit, eos secundum priorem constitutionem, aut exstantibus justis liberis, aut etiam non exstantibus, id tantum consequi, si patris deferatur arbitrio⁷⁹⁾, quod per eam iusta moderatione decretum est; ceteris, quae de eorum matribus, libertis, libertinisque per novam constitutionem decreta sunt, in sua manentibus firmitate. Dat. x. Kal. Mart. Constantinop. Tauro et Felice Coss. (428.)

So blieb es nun bis auf Justinian. Dieser erweiterte nicht nur das Erbrecht der natürlichen Kinder durch Testament des Vaters in einer Verordnung vom J. 528. dahin, daß er denselben nebst der Concubine in dem Falle, da keine legitime Descendenten oder deren Mutter vorhanden wären, statt jener drey Unzen, die Hälfte des Vermögens zu hinterlassen erlaubte⁸⁰⁾; sondern er ertheilte auch sogar in der Folge den Kindern des ersten Grades nebst ihrer Mutter das Recht dem Vater ab intestato zu succediren, in der Novelle XVIII.

78) Cod. Th. libri V. prior. pag. 222.

79) Eine gesetzliche Erbfolge hatte also bey natürlichen Kindern noch nicht Statt.

80) L. 8. Cod. de naturalib. lib.

Kap. 5. (vom J. 536.) nämlich so, daß sie zusammen, jedoch nur in dem Falle, wenn der Vater weder eheliche Kinder, noch eine rechtmäßige Ehefrau hinterläßt, den sechsten Theil seines Vermögens erben sollen⁸⁾.

In einer neuern Verordnung vom Jahre 559, nämlich in der Novelle LXXXIX. Kap. 12. §. 2—6. hat Justinian das Erbrecht der natürlichen Kinder, und der Concubine, zum Theil noch weiter gehend, auf folgende Art zusammengefaßt.

I. Sind legitime Kinder vorhanden, so soll den natürlichen Kindern und deren Mutter nicht über eine Unze, $\frac{1}{2}$. der Concubine aber allein, d. h. wenn keine natürlichen Kinder da sind, mehr nicht als eine halbe Unze, $\frac{1}{4}$. durch Schenkung oder Vermächtniß zugewendet werden können. Ist mehr gegeben worden, so soll der Ueberrest den legitimen Kindern zuwachsen.

II. Sind aber keine legitimen Descendenten da, auch keine Ascendenten vorhanden; so kann ihnen der Vater sein ganzes Vermögen durch Testament, oder unter Lebenden zuwenden. Hat jedoch der Vater noch Eltern, so soll er diesen den Pflichttheil, so wie solchen die Gesetze bestimmt haben, zu hinterlassen schuldig seyn, das übrige Vermögen aber seinen natürlichen Kindern zutheilen dürfen.

III. Stirbt der Vater, ohne durch Testament, oder sonst über sein Vermögen disponire zu haben, und es sind weder legitime Descendenten, noch eine rechtmäßige Ehefrau vorhanden; so sollen die natürlichen Kinder, soviel auch

8) Von diesem Intestaterbrecht der natürlichen Kinder nebst der Concubine habe ich in meiner Schrift von der Intestaterbfolge S. 127. — 132. gehandelt.

deren seyn mögen, zwey Unzeit, d. h. den höchsten Theil seines Vermögens erben, und solchen mit der Mutter theilen, so daß diese einen Kindesheil erhält. Hat hies gegen der Vater legitime Descendenten, ohne Rücksicht auf Grad, oder auch nur eine Ehefrau hinterlassen; so sollen die natürlichen Kinder ab intestato nichts erhalten, sondern nur die Alimente nach billigem Anschlage aus der väterlichen Verlassenschaft verlangen können.

IV. In Ansehung der natürlichen Enkel soll es bey der Constitution bleiben, die er wegen derselben schon früher gegeben hat ²²⁾. Uebrigens soll

V. dieses alles nur in der Voraussetzung gelten, daß der Vater mit der Mutter der natürlichen Kinder in einem reinen und erlaubten Concubinate gelebt habe. Die Concubine muß also eine freie Person seyn, und zwar nur als die alleinige Concubine sich während seines Lebens bey ihm im Hause aufgehalten, der Erblasser sie wirklich als Concubine, und die mit ihr erzeugten Kinder, als seine Kinder anerkannt, und erzogen haben, wenn auch die Concubine noch vor ihm gestorben, oder sich von ihm getrennt hätte.

Die hierher gehörigen Worte aus der Novelle 89. Kap. 12. lauten nach Homberg's Uebersetzung folgendermaßen.

§. 2. Ne igitur, — quod in extraneis, et ignotis facere licet, id in propriis liberis naturalibus homines facere prohibeamus; propterea hac lege sancimus, si quis legitimos liberos habeat, ut liberis illis, eorumque matri, *ultra unam unciam* relinquere, vel naturalibus liberis, vel concubinae donare non possit: hoc enim in priore constitu-

22) L. ult. C. de Ann. lib.

tionē⁸³⁾ ratum habemus. Sed et si quid amplius quocumque modo dare velit, hoc liberorum sit legitimorum. Si vero liberi quoque non adsint, sed concubina solum, huic *dimidium unciam* dari vel relinqui permittimus.

§. 3. Quod si nec liberos legitimos, nec aliquem ascendentium habeat, quibus testatores legitimam partem substantiae suae relinquere necesse est, liceat etiam *in duodecim uncias* liberos naturales heredes scribere, interque eos, eo quo volunt modo, res dividere, et vel per simplicem, vel ante nuptias donationem, vel per dotem, vel alio quocumque legitimo modo, substantias suas ad eos deferre. — Si vero quosdam ascendentes habeant, legitimam illis partem relinquunt, quam lex et nos constituimus: reliquum vero omne ad liberos naturales transmittendi licentiam habeant. Atque hoc de iis dicimus, qui scriptis et legitimis *testamentis* voluntatem suam consignant.

§. 4. Si tamen quis moriatur, nec legitima prole (liberis nempe, vel nepotibus, vel sequentibus successoribus) nec legitima uxore existente, et deinde moriatur, *de substantia sua nihil disponens*, et cognati forte veniant, vel manumissor bonorum possessionem movens et intendens, vel etiam fiscus noster, (neque enim illi, quantum ad hoc, parcimus) habuerit vero in domo, dum viveret, liberam mulierem, cui tanquam concubinae cohabitaverit, ex eaque liberos, (iis enim solis

83) L. 2. C. de natur. lib. deren Justinian selbst im Ausfange des Cap. 12. dieser Novelle gedenkt.

haec sancimus, ubi indubitata plane est, tam concubinae in domo affectio, quam etiam liberorum ibidem procreatio et educatio) concedimus illis, ut parentibus etiam *INTESTATO* mortuis, duas uncias paternae substantiae habeant, una cum matre dividendas, quotcumque sint liberi: ita ut unius filii portionem mater quoque accipiat. Et haec dicimus, si uni concubinae cohabitens, ex saepe liberos habeat, vel si concubina morte forte, vel separatione ante seivincta, liberos domi habeat: tunc etiam damus illis, ut *AB INTESTATO* ad duas uncias vocentur.

§. 6. Si quis autem (oportet enim omnem diligentiae simul pietatisque viam inire) cum legitimos liberos habeat, etiam naturales relinquat, eos *ab intestato* nihil plane habere volumus; sed sancimus, ut naturales a legitimis, uti decet, et pro modo facultatum, a bono viro aestimando alantur: id quod a nostris legibus *boni viri arbitratu* dicitur. Atque hoc ipsum custodiatur, licet quis coniugem, et ex praemortua concubina naturales liberos sibi natos habeat, ut et illi a successoribus eius alantur. Nam quod ad *nepotes naturales* attinet, illa obtineant, quae iam a nobis diserte de iis disposita sunt.

In Rücksicht der Enkel hat nämlich Justinian in *L. ult. C. de nat. lib.* verordnet, daß der Großväter den natürlichen Kindern eines legitimen Sohns, so wie den ehelichen Kindern seines natürlichen Sohns von seinem Vermögen zwar im Testament soviel solle hinterlassen können, als er wolle, wenn keine legitime Descen-

draß vorhanden sey. *Filiis enim naturalibus* relinquitur constitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrenandum esse existimaverunt. *In nepotibus* autem non eadem observatio in praefatis speciebus custodienda est, *ubi legitima soboles minime facit impedimentum.* Ea enim subsistente, veterum Constitutionum tendrem in naturalibus filiis statutum, in nepotes extendimus. Allein ein Testaterbrecht ist den Enkeln nicht ertheilt worden. *Jura etenim ab intestato in avi* successionem nemini eorum penitus aperimus. Wegen der Alimente wird weder in dieser Constitution, noch in der bestätigenden Novelle 89. Kap. 12. §. 6. a. C. etwas erwähnt.

§. 1296.

Unter welchen Bedingungen erlauben die Röm. Gesetze den Concubinats?

Ob der Concubinats schon vor der *Lex Julia de maritalibus ordinibus* erlaubt gewesen, ist zweifelhaft. Erklärt man das oben angeführte Gesetz des Numa, welches einer *pelllex* den Altar der Juno zu berühren verbot, von einer solchen Weibsperson, welche mit einem verheyratheten Manne zusammenlebte, so könnte es scheinen, daß selbst durch dieses Gesetz der Concubinats im eigentlichen Sinn indirect geduldet worden sey⁸⁴⁾. Allein daß das Wort *pelllex* in dem Gesetz des Numa eine umfassendere Bedeutung gehabt habe, dafür spricht das vom Paulus⁸⁵⁾ angeführte Zeugniß des *Granius Flaccus*, der gewiß

84) Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. S. 133. C. 486.

85) L. 144. D. de V. S.

in seinem libro de iure Papiriano bey Erklärung jenes königlichen Gesetzes die Bedeutung des Wortes *pellex* im ehemahligen und jetzigen Sinne angab. Daher auch die häufige Verwechslung der Benennungen *pellex* und *concubina* bey den Alten ⁸⁶). Was den Gottheiten verhasst war, durfte sich ihren Altären nicht nahen. So wie also den Mannspersonen verboten war, dem Opfer der *Bona Dea* ⁸⁷), und den Frauenspersonen, dem Opfer des *Hercules* beyzuwohnen ⁸⁸); so war auch den Weibern, die mit Mannspersonen in keiner rechten Ehe lebten, verboten, den Altar einer Göttin zu berühren, welche als die Stifterin und Beschägerin der Ehe verehrt, und daher *Juga* und *Prometha* genenht wurde ⁸⁹). Nur *matronae* und *matresfamilias* durften ihrem Altar sich nahen, und ihren Opferfesten beywohnen; das heißt hier *aram Junonis tangere*, welches man gewöhnlich tropisch, aber juristisch, vom Heyrathen versteht ⁹⁰); nicht *pellices* noch *concubinae*, ohne der beleidigten Keuschheits Göttin ein Sühnopfer mit einem Lämme zu bringen ⁹¹). Griechen und

86) S. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. IV. §. 3. pag. 165. sqq.

87) TIBULLUS Lib. I. Eleg. VII. v. 22. PROPERTIUS Lib. IV. Eleg. IX. v. 26.

88) PROPERTIUS c. l. v. 69 et 70. und PAUSANIAS Lib. III. cap. 22.

89) VIRGIL. *Aeneid. IV.* v. 59. et 166. OVIDIUS *Heroid. Epist. XII.* v. 86. Thom. REINESIUS *Inscript. Class. I.* p. 33. et 34. GRUTERUS *Thes. Inscript.* pag. 25. Nr. 5.

90) So z. B. Jac. RAEVARDUS de Auctorit. Prudentum. Cap. 1. Jan. Vinc. GRAYNA *Origg. iuris. civ. Lib. II.* cap. 22. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. I. cap. 2. §. 8. pag. 29. auch ZIMMERN a. a. O. S. 485.

91) Man sehe hier vorzüglich *Herm. CANNegiETER Diss. cit.*

Römer mißbilligten daher in den ältesten Zeiten den Concubinat und Pellicat in gleichem Grade⁹²⁾. Der Tempel der *Fortuna Matronarum*, dessen Geschichte uns Dionys⁹³⁾ mit der ihm eigenen Ausführlichkeit erzählt; das *Sacellum Pudicitiae patriciae*, neben dem Tempel des Herkules, so wie das von der Virginia, einer Patricierin, aus weiblicher Reizbarkeit, weil sie wegen ihrer Sympathie mit dem plebejischen Consul Lucius Volumnius von den patricischen Standesfrauen beym Opferdienst nicht zugelassen werden wollen, gestiftete *Sacellum Pudicitiae plebeiae*, wovon Livius⁹⁴⁾ einen umständlichen Bericht erstattet, beweisen den hohen Grad der Achtung, die man noch zu den Zeiten der Republik für keusche Ehen hatte. Denn nur römische Matronen von bewährter Keuschheit, die nur mit einem Manne vermählt waren, nicht einmal Wittwen, welche in der zweyten Ehe lebten, hatten in diesen Tempeln und Sacellen das Recht zu opfern. Merkwürdig war auch der Unterschied bey den Opfern der ehelichen Matronalfeste zwischen freygebohrnen und freygelassenen Matronen. Jene opferten am Altar der *Juno Matrona*, diese der *Feronia*, welche auch zuweilen von den Alten *Juno* genennt wird. Livius⁹⁵⁾ gedenkt der *Feronia* schon unter Tullus, und erzählt⁹⁶⁾, als Pyejus Servis

ad Legem Numae Pompilii de ara Junonis etc. Cap. 3. (bey FELLENBURG T. I. pag. 351. sqq.)

92) Christfr. WAREHTLER in Opusc. pag. 557. sqq. hat diese mit vieler Gelehrsamkeit gezeigt. Man sehe auch HERNICCIUS c. 1.

93) DIONYS. HALICARN. *Antiquit. Rom.* Lib. VIII. pag. 525. sq. edit. Sylburg. (Lipsiae 1691. f.)

94) *Lib. X. Cap. 23.*

95) *Lib. I. cap. 30.*

96) *Lib. XXII. Cap. 1.*

lius im Jahre der Erb. N. 555. sein Consulat angetreten, so habe der Senat, um gewisse Schreckzeichen (prodigia) zu beseitigen, die von mehreren Orten zugleich waren einberichtet worden, beschlossen ein dreytägiges Betfest bey allen Göttersitzen halten zu lassen. Da seyen denn auch zum Opferfest der Juno und Feronia von den freygebohrnen und freygelassenen Matronen Geschenke zusammengebracht worden. Diese Feste stammten vermuthlich, so wie überhaupt der ganze Religionscultus der Römer, von den Etruskern, oder wie Joh. Wilh. Hoffmann ⁹⁷⁾ glaubt, von den Sabinern her, von welchem Volke alles, was zur Heiligkeit der Ehen beytrug, gleichsam als aus einer heiligen Quelle, geschöpft wurde. Die Furcht vor diesen Gottheiten, die Schande, die mit der Ausschließung von den Altären und Festen derselben verbunden war ⁹⁸⁾, so wie das heilige Bild der *Venus Verticordia* sollte zwar die Herzen der römischen Matronen noch mehr für keusche Liebe gewinnen ¹⁰⁰⁾; allein Livius ¹⁾ erzählt uns, daß jener heilige Dienst in

97) Ad Leg. Juliam de adulteriis coeroend. Liber singular. Cap. I. §. 13. (in FELLENSBERG *Jurispr. Antiqu.* Tom. I. pag. 127. sqq.)

98) S. FESTUS pag. 72. u. VARRO de L. L. pag. 22. edit. bipont.

99) S. CANNegiETER Diss. ad Legem Numae de ara Junonis. Cap. VIII. (bey FELLENSBERG Tom. I. pag. 384. sqq.)

100) VALERIUS MAXIMUS *Lib. VIII. Cap. 15. nr. 12.* Quae cum Senatus libris sybillinis per Decemviros inspectis censuisset, ut *Veneris Verticordiae* simulacrum consecraretur, quo facilius virginum mulierumque mentes a libidine ad pudicitiam converterentur etc.

1) LIVIUS *Lib. X. cap. 23. circ. fm.* Vulgata dein religio a pollutis, nec matronis solum, sed omnis ordinis

der Folge von entweiheten, und zwar nicht allein Staats-
bedrauen, sondern auch Weibern aus allen Klassen, ge-
mein gemacht worden, und zuletzt in Vergessenheit gekom-
men sey. Die nachherigen Sitten der Republik, besonders
zu den Zeiten des Sulla, Cäsar, und des Trium-
virats ²⁾, hatten also auch wohl schon gewiß die Bahn
geöffnet, auf welcher unter dem Kaiser August die Lex
Julia et Papia Poppaea nur fortschritt, wenn dieses
Gesetz, indem es die Ehen mit gewissen niedrigen Perso-
nen nicht zulassen wollte, solche zu Concubinen zu haben
erlaubte, und nur mit einer ingenua honesta im Con-
cubinate zu leben verbot. Die Worte des Gesetzes hat
Heineccius ³⁾ auf folgende Art restituirt.

*Quas personas per hanc legem uxores habere
non licet, eas concubinas habere ius esto. Inge-
nuam honestam in concubinato habere ius ne esto.*

So erklärt sich nun auch, wenn Marcian *Lib. XII.
Institutionum*, woraus die *L. 3. §. 1. D. h. t.* genom-
men ist, sagt:

feminis, postremo in oblivionem venit. Man verbinde
damit *OXIDII Pastor. Lib. IV. v. 157—160.* und ver-
gleiche *HORATIUS Lib. I. Satyr. II. v. 47. sqq.* Daß diese
Satyre noch vor der Lex Julia de adulteriis und de
maritandis ordinibus geschrieben sey, hat *HOFFMANN
ad Leg. Jul. de adulteriis. Cap. IV. §. 4. pag. 192. sq.*
näher gezeigt.

2) *VELLIVS PATRUCULUS Lib. II. cap. 1. SALLUST. Bell.
Catilin. cap. 13. CICERO Orat. pro M. Coelio Cap. 20.
S. CANNegiETER cit. Diss. Cap. IX.*

3) *Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam Lib. II.
Cap. IV. §. 2. pag. 163.*

Nam quia concubinatus *per leges nomen assumpsit*, extra legis poenam est: ut et MARGELLUS libro septimo Digestorum scripsit.

Hierauf bezieht sich ferner, wenn Clemens von Alexandrien ⁴⁾ sagt: *At nunc, quidquid est impudicum et libidinosum, diffusum est in civitatibus, et iam PRO LEGE habetur*; und kurz nachher: *Ταῦτα οἱ σοφοὶ τῶν νόμων ἐπιτρέπουσι*. Haec SAPIENTES LEGES permittunt.

Von nun an nannte man die Concubine nie mehr *pelles*. Denn dieser Name ward nun für entehrend gehalten, weil er den verbotenen Umgang einer Frauensperson mit einem Ehemanne bezeichnete ⁵⁾, der Concubinat aber war jetzt, wenn gleich keine legitima, doch eine *licita consuetudo* ⁶⁾. Daher nannte man den Concubinat *inaequale coniugium* ⁷⁾, weil er der Concubine nicht des Mannes Würde, und nicht die Rechte einer *uxor* gab; die Concubine selbst aber eine *uxor gratuita* ⁸⁾, nicht sowohl in Beziehung auf die ehemalige *conventio in manum per coemptionem*, wie Merillius ⁹⁾ meint, dem auch Heinecius ¹⁰⁾ beistimmt; sondern vielmehr, wie Haubold ¹¹⁾ richtiger bemerkt, in Bezie-

4) *Paedagog. Lib. III. cap. 3.*

5) GELLIVS *Noct. Atticar. Lib. IV. cap. 3.*

6) *L. 5. Cod. ad Sctam Orfitian. S. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 169 et 171.*

7) *L. 3. C. de natural. lib.*

8) S. GAURRUS *Inscript. p. DCCCXXI. nr. 5.*

9) *Observation. Lib. II. cap. 15.*

10) *Cit. loc. pag. 167.*

11) *Ad HEINECCIUM Antiquitat. Rom. iurispud. illustrant. Syntag. Append. Lib. I. Cap. x. §. 38. Not. 9. pag. 260.*

hung auf die dos, welche beym Concubinats nicht Statt fand. Ein Ehemann hingegen, so lang er in der Ehe lebte, konnte keine Concubine haben. Eine solche Verbindung wäre eine Pellicat gewesen. Daher sagt Paulus ¹²⁾: *Et tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.* Den Concubinats pflegten nun besonders die Wittwer, nachdem sie durch eine fruchtbare Ehe dem Gesetz ein Genüge geleistet hätten, einer zweyten Ehe vorzuziehen, um ihren Kindern keine Stiefmutter zuzuführen ¹³⁾. Die Kaiser selbst giengen hier mit ihrem Beispiele voran ¹⁴⁾. Daher war, wie Massurius sagt, der Name *Concubina honestius* ¹⁵⁾, als der einer *amica*.

Es war jedoch der Concubinats nur mit einer Frauensperson, nicht mit mehreren zugleich, erlaubt; der Geschlechts Umgang mit mehreren Concubinen zugleich war eben so verhaßt und unerlaubt, als die Vielweiberey, wie bereits oben (S. 360.) bemerkt worden ist. Denn *uxor* und *concubina* waren ja bloß, wie Paulus ¹⁶⁾ sagt, durch die *animi destinatio* oder den *delectus* von einander unterschieden. Solche Concubinen, sagt Justus

12) *Receptar. Sentent. Lib. II. Tit. 20. §. 1.* S. JORDENS Diss. I, de Legitimatione. Cap. III. §. 3. bey FELLEBERG Tom. II. pag. 339. sq.

13) S. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. c. 1. pag. 171. und Antiquitat. Rom. Append. Lib. I. Cap. 1. §. 41.

14) Beispiele vom K. Vespasian bey SUTTON. in *Vespas.* cap. 3. nr. 4. vom Antoninus Pius bey JUL. CAPITOLINUS in *Eius. vita.* Cap. 29. in fin.

15) L. 144. D. de Verb. Signif.

16) L. 4. D. h. v. und *Sent. Recept. Lib. II. Tit. 20. §. 1.* S. JORDENS cit. Diss. I. Cap. III. §. 3. Not. b.

nian¹⁷⁾, sind vielmehr mulieres fornicantes, welche von den Erben ausgeschlossen seyn sollen, die er zu Gunsten der Concubinen, und der natürlichen Kinder gegeben hat¹⁸⁾.

Man konnte auch nicht mit jeder Frauensperson einen Concubinat eingehen, sondern nur mit solchen, mit denen die Lex Julia de maritandis ordinibus den Senatoren, und deren Kindern, so wie den ingenuis die Ehe untersagte¹⁹⁾. Da diese nun gerade solche waren, mit welchen nach der Lex Julia de adulteriis weder ein Ehebruch noch ein Stuprum begangen wurde; dieses Gesetz aber nur unter freien Personen Statt hatte, und zwar das adulterium mit einer Andern Ehefrau, das stuprum aber mit einer solchen Person, welche keine ancilla, und überhaupt eine achtbare virgo oder vidua war²⁰⁾; so folgerten die Römischen Juristen daraus, daß mit anderen Personen, in quas stuprum non committitur, der Concubinat bestehen könne, ohne in die Strafe der Lex Julia de adulteriis zu verfallen. So ist zu verstehen, wenn Ulpian libro II. ad legem Julianam et Papiam²¹⁾ sagt:

17) Nov. XVIII. cap. 5.

18) Nov. LXXXIX. Cap. 12. §. 5.

19) L. 44. L. 47. L. 43. D. de Ritu nupt. C. HAINCOOVA ad L. Jul. et P. Popp. Lib. II. cap. 1 et 2.

20) L. 6. pr. et §. 1. L. 34. D. ad Leg. Julianam de adulter. L. 101. pr. D. de Verb. Signif. C. Jo. Guil. HOFFMANN ad Leg. Jul. de adulter. coëruend. Cap. IV. §. 2. sqq.

21) L. 1. §. 1. D. h. t.

Cum ATILICINO sentio, et puto, solas eas in concubinato haberi posse, sine metu criminis, in quas stuprum²²⁾ non committitur.

So standen also beyde Gesetze, die Lex Julia et Papia und die Lex Julia de adulteriis coercendis in genauer Verbindung. Es erscheint dieses noch deutlicher aus einer Stelle aus Marcian's libro XII. Institutionum²³⁾, wo es heißt:

In concubinato²⁴⁾ potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maximè ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit: alioquin si honestae vitae, et ingenuam mulierem in concubinato habere maluerit, sine testatione, hoc manifestum faciente, non conceditur: sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere.

§. 1. Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur: nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra Legis poenam est: ut et MARCELLUS libro septimo Digestorum scripsit.

Unter den Personen, mit welchen der Concubinat zugelassen war, wird also hier genannt

1) eine liberta. Es wird zwar hier nur einer liberta aliena gedacht, allein deswegen war die liberta

22) Unter stuprum ist hier auch adulterium begriffen. L. 6. §. 1. L. 29. §. 1. D. ad L. Jul. de adulter.

23) L. 3. D. h. t.

24) Die florentinische Lesart: In concubatu ist wohl unstreitig unrichtig. Denn das Wort concubatus kommt, wie auch Brentmann und Scheller bemerkt haben, nirgends vor.

propria nicht ausgeschlossen. Der Patron konnte allerdings seine eigene Freigelassene zur Concubine haben²⁷⁾. Marcian nennt nur deswegen die aliena liberta, weil eine Freigelassene, wenn sie die Concubine eines Andern geworden, nicht ihr Patron war, dadurch aufhörte, als matrona zu gelten, und honestatem matrisfamilias verlor²⁸⁾. An einer solchen aliena liberta konnte also kein Stuprum begangen werden, welches nach der Lex Julia de adulteriis hätte bestraft werden können²⁹⁾. Denn es war ein allgemeiner Grundsatz, daß bey Personen, die keine Matronen sind, die Strafe der gedachten Lex Julia nicht Statt finde³⁰⁾. Die eigene liberta des Patrons hingegen, wenn sie der Patron zu seiner Concubine nahm, galt als matrona, als materfamilias, und konnte, wie eine Ehefrau, sogar des Adulteriums angeklagt werden³¹⁾. Eine solche liberta konnte auch der Patron nicht zur Leistung der operarum anhalten, wozu sonst Freigelassene verpflichtet waren, nicht anders, als

25) L. 3. C. Commun. de manumis. L. 3. §. 1. D. de donation. inter Vir. et Ux.

26) L. 41. §. 1. D. de Ritu nupt. L. 13. D. ad Leg. Jul. de adult.

27) S. HOFFMANN ad Leg. Juliam de adulter. coëro. Cap. IV. §. 4. bey FELLENERO. Tom. I. pag. 192. sqq.

28) L. 20. C. ad L. Jul. de adult. SERTON. in Tiberio. Cap. 35. Das Wort matrona wird hier einer meretrix entgegengesetzt, und darunter eine jede freie Frauensperson verstanden, die keusch und züchtig lebt, sie sey verheyrathet oder ledig, eine freygebohrne oder freygelassene. L. 46. §. 1. D. de Verb. Signif. S. HOFFMANN c. I. pag. 193. sqq.

29) L. 13. pr. D. ad Leg. Jul. de adulter.

wenn sie mit ihm wirklich verheyrathet wäre³⁰⁾. Sie durfte sich auch nicht wider seinen Willen von ihm trennen, und einen Andern heyrathen. Denn dieser Grundsatz galt, wenn sie die Ehefrau ihres Patrons war, er mußte also um so mehr bey seiner bloßen Concubine gelten, weil es ja, nach Ulpian's Meinung³¹⁾, dem Patron zu mehrerer Ehre gereichte, daß er seine liberta nur zur Concubine habe, als daß er sie eheliche. Uebrigens war der Fall bey den Römern sehr gewöhnlich, daß die Patronen ihre Freigelassenen zu ihren Concubinen machten, wie mehrere Beyspiele bey Plautus beweisen. So sagt in seinem *Epidicus*³²⁾ der Soldat von seiner Fidicina:

*Ego illam hodie volo facere libertam meam,
Mihi concubina quae sit.*

2) Eine *ingenua*, et maxime ea, quae obscuro loco nata est. Eine *ingenua honesta* konnte nach der *Lex Julia et Papia* nicht Concubine seyn. Lang nachher verbot nochmals Kaiser Aurelian, concubinas ingenuas zu haben³³⁾. Eine solche Verbindung ward für ein stuprum gehalten³⁴⁾. *Stuprum vero in virginem viduamve committitur*³⁵⁾. Sollte also der Concubinatus

30) *L. 46. D. de Operis libertor. (XXXVIII. 1.) L. 8. Cod. eodem. (VI. 3.)* Eben dieses galt, wenn sie mit seiner Einwilligung einen Andern geheyrathet hatte. *L. 48. D. eodem. L. 2. C. de obsequiis patrono praest. (VI. 6.)* S. HENZKEIUS ad *L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 22. §. 2.*

31) *L. 1. pr. D. h. t. C. §. 1295. C. 362. f.*

32) *Epidic. Act. III. Sc. IV. v. 29 et 30.*

33) FLAV. VOPISCUS in *Divo Aureliano. Cap. 49.*

34) *L. 34. pr. D. ad Leg. Jul. de adulteriiis.*

35) *L. 6. §. 1. D. eod.*

mit einer ingenua kein stuprum seyn, so mußte die ingenua eine solche Person seyn, mit welcher ein nicht ehelicher Umgang die Strafe des Stuprums nicht nach sich zog, d. h. wenn Ulpian ³⁶⁾ sagt, in quam stuprum non committitur. Solche Umarmungen nennt Diod ³⁷⁾ eine Venerem tutam, concessaque furta, welche zu bestrafen ihm kein Verbrechen sey. Dahin gehört nun also:

a) eine solche ingenua, quae obscuro loco nata est. Darunter wird hier eine solche Weibsperson verstanden, deren Vater oder Mutter artem ludicram, d. h. das bey den Römern verächtliche Meistertum eines Schauspielers oder Schauspielerin, oder eines arenarius, oder leno getrieben hat ³⁸⁾. Mit solchen Weibspersonen, deren Eltern in dem Edict des Prätors für infam erklärt waren ³⁹⁾, und welchen daher wegen der Schande ihrer Eltern selbst eine Makel anhing, war zwar nur den Senatoren und deren Descendenten die Ehe verboten ⁴⁰⁾, nicht den ingenuis ⁴¹⁾. Der Concubinat mit ihnen war aber doch darum erlaubt, weil sie zu den personis humilibus gehörten, in quas stuprum non committebatur.

36) L. 1. §. 1. D. h. t.

37) Artis amator. Lib. I. v. 31 — 34.

Este procul vitæ tenues, insignis pudoris;

Quasque legis medios, instituta longa, pedes.

Nos VENEREM TUTAM, CONCESSAQVE FURTA CAHEMUS:

Inque meo NULLUM carminis CRIMEN erit.

38) Von den artem ludicra hat HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Libell. cap. 1. §. 7. pag. 121. sqq. ausführlich gehandelt. Man sehe auch MAREZOLI über die bürgerliche Ehre. 1. B. 4. Abschn. I. §. 4. S. 179. f.

39) L. 1. D. de his, qui notant. infam.

40) L. 44. D. de ritu nuptiar.

41) S. HEINECCIUS cit. loc. §. 14. pag. 134.

b) *Quae corpore quaestum fecit*. Mit einer solchen Person, quae palam quaestum corpore facit, vel fecerit, war die Ehe nach der Lex Julia et Papia Poppaea nicht nur den Senatoren und deren Kindern, sondern auch den ingenuis verboten ⁴²⁾. Was das heißt: *palam quaestum corpore facere*, erklärt Ulpian sehr ausführlich in einer Stelle, die aus demselben *libro I. ad legem Juliam et Papiam* ⁴³⁾ genommen ist. Es gehörte dahin nicht nur die öffentlichen von den Aedilen zu ihrem Gewerbe patentisirten Huren, denen ihr Platz im Lupanar angewiesen war ⁴⁴⁾, und die diesen gleichgachtenen mulieres cauponariae, die in den Trinkhäusern den Bechern zum Gebrauche freystanden ⁴⁵⁾; sondern auch die

42) ULPIAN *Fragm. Tit. XIII. §. 1. L. 41. D. de Rit. nupt.* Zwar sind die Huren in den Worten der *Lex Julia*, so wie sie vom Ulpian *L. 44. D. de Rit. nupt.* angeführt werden, bey dem Eheverbote der Senatoren ausdrücklich nicht erwähnt; allein §. 8. wird gesagt: *Eas, quas ingenui ceteri prohibentur, autere uxores, Senatores non ducent.* S. HEINECCIUS *ad Leg. Jul. Lib. II. cap. 1. §. 11. pag. 136.*

43) *L. 43. pr. et §. 1. — 5. D. de Rit. nupt.*

44) TACITUS *Annal. Lib. II. cap. 85.* S. LIPSII *Excurs. ad. h. L. in edit. ERNESTI. Tom. II. pag. 606. und Jo. Lud. LANGGUTH Diss. de muliere quaestuaris, praes. And. Flor. RIVINO def. Lipsiae 1733.*

45) PAULUS *Recept. Sentent. Lib. II. Tit. 26. §. 11. und L. 29. C. ad Leg. Jul. de adult.* Man. sehe Jac. GOTTHOFFREDI *Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. ad Leg. Jul. de adult. Tom. III. Lib. IX. Tit. 7. pag. 60. sqq. edit. Ritter. und HOFFMANN ad Leg. Jul. de adulter. coercend. Cap. IV. §. 5. bey FRIEDENBERG Tom. I. pag. 195.*

jenigen Weibspersonen, die sich außerdem lebend ohne Auswahl für einen Lohn oder auch ohne Lohn Preis gegeben ⁴⁶⁾. In dem Edict des Prätors de his, qui notantur infamia, geschieht derselben keine ausdrückliche Erwähnung. Wahrscheinlich schreibt sich daher die bürgerliche Zurücksetzung der Huren erst aus der Lex Julia et Papia Poppaea her ⁴⁷⁾. Denn alle die dieselben betreffenden Stellen beziehen sich auf das den Huren durch die Lex Julia entzogene *connubium* ⁴⁸⁾.

Wenn Marcian in unserer Stelle sagt: *ingenua et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corporis fecit*; so erklärt Briffon ⁴⁹⁾ das Wort *maxime* durch *utique, dumtaxat, oder demum*, also nur solche Personen allein, deren hier namentlich gedacht wird, hätten zu Concubinen genommen werden dürfen. Allein das Wort *maxime* wird hier in seiner eigentlichen Bedeutung für *praecipue* genommen, und heißt soviel als meist, fürnehmlich, wie auch Franz Ramos Del Manzano ⁵⁰⁾ erinnert hat. Denn es gab ja noch andere *famosae mulieres*, welche nach der Lex Julia de *maritandis ordinibus* nicht einmal mit Freygebohrnen das *connubium* hatten, und welche daher Concubinen seyn konnten. Es werden nämlich erwähnt,

46) L. 43. §. 3. D. de Rit. nupt.

47) S. Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 181. f.

48) ULPIAN *Fragm. Tit. XIII.* §. 1. L. 41. L. 43. §. 4. D. de Rit. nupt.

49) De Verbor. iur. Significat. voc. *Maxime* nr. 2.

50) Comm. ad Leg. Jul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 2. nr. 5. (in *Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 442.)

c) die *lena*, d. h. eine solche Weibsperson, welche Bordelwirthschaft getrieben hat⁵¹⁾. Eine solche Person wird namentlich in dem Gebiet des Prätors für infam erklärt⁵²⁾. *Lenas* wurden jedoch auch diejenigen Weibspersonen genannt, welche Gastwirthschaft trieben, und zur Bewirthung der Gäste Huren in ihrem Dienst hatten⁵³⁾. Solche Weibspersonen wurden, wie die Huren, *mulieres quaestuariae* genannt. Daber sagt Ulpian⁵⁴⁾: *Lenocinium facere non minus est, quam corpore quaestum exercere*.

d) *In adulterio deprehensa*. Schon das bloße Ertapptwerden hatte bey dem Adulterium dieselbe Infamie zur Folge, wie die Verurtheilung. Ulpian⁵⁵⁾ sagt:

Quae in adulterio deprehensa est, quasi publico iudicio damnata est.

War sie wegen des Adulteriums wirklich verurtheilt worden, so galt sie nun in doppelter Rücksicht als infam, wie Ulpian gleich darauf bemerkt:

proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum, quia deprehensa est, erit notata, sed quia et publico iudicio damnata est. Quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata

51) L. 4. §. 2. D. de his, qui notant infam. L. 43. §. 7. D. de Rit. Nupt.

52) L. 1. D. de his, qui not. infam.

53) L. 43. §. 9. D. de Rit. nupt. L. 4. §. 2. D. de his, qui not. inf.

54) L. 43. §. 6. D. de Rit. nupt.

55) L. 43. §. 19. D. eodem.

est: at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit.

Ja Ulpian geht noch weiter, selbst wenn sie späterhin wäre in iudicio publico freigesprochen worden, sagt er, schade ihr doch noch immer die ihr vom Gesetz angeheftete Infamie, so daß sie dennoch zu den nach der Lex Julia et Papia für famos erklärten Frauenspersonen gehörte, mit welcher auch selbst kein ingenuus eine Ehe eingehen durfte, ohne sich eines Adulteriums schuldig zu machen ⁵⁶⁾. Ulpian sagt:

Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere: quia verum est, eam in adulterio deprehensam: quia factum lex, non sententiam notaverit.

Da hier bloß von einer Nichtgestattung des connubium mit solchen famosis mulieribus in Rücksicht der Senatoren und der ingenuorum die Rede ist; so kommt hier nichts darauf an, wo, oder von wem die Weibsperson ertappt worden ist, während diese Umstände bey der Lex Julia de adulteriis sehr wichtig sind. Ulpian ⁵⁷⁾ fügt daher noch hinzu:

Non adiicitur hic, ut in lege Julia de adulteriis, a quo, vel ubi deprehensa sit *): proinde sive maritus, sive quis alius deprehendisse proponatur, videtur notata: sed et si non in domo mariti, vel patris sui deprehensa sit, erit notata secundum verba legis.

56) L. 37, §. 1. in fin. D. de minorib. XXV. ann. L. 29. §. 1. D. et L. 9. C. ad Leg. Jul. de adult.

57) L. 43. §. 13. D. eodem.

*) So ist, statt deprehensam, mit Haloander und den meisten Ausgaben, richtiger zu lesen. Diese Lesart billigt auch Brenkmann.

Er spricht hier von der *Lex Julia et Papia Poppaea*, welche er hier erklärt. Denn diese ganze Stelle ist aus desselben *libro I. ad Legem Juliam et Papiam* genommen ⁵⁸⁾. Könnte nun gleich ein *ingenuus*, der auch kein *Senator* war, eine solche Weibsperson nicht heyrathen, so war doch der *Concubinatus* mit derselben nicht verboten. *Ulpian* ⁵⁹⁾ leitet dieses durch eine richtige Schlussfolge aus dem Grundsatz her, daß an Personen, mit welchen die *Lex Papia* den *ingenuis* die Ehe verbietet, kein *Stuprum* begangen werde ⁶⁰⁾. Er sagt daher *Lib. II. ad Legem Juliam et Papiam* ⁶¹⁾:

Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non potest lege Julia de adulteriis teneri: quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur.

e) *Judicio publico damnata* ⁶²⁾. Sollte jedoch mit einer solchen Frauensperson, welche *iudicio publico* verurtheilt worden, einem *ingenuus* die Ehe nach der *Lex Julia et Papia* verboten seyn, so mußte die Verurtheilung nach einer *lex iudiciorum publicorum* geschehen seyn. Denn nur ein solches *iudicium* hieß im eigentlichen Sinn *publicum* ⁶³⁾. Daher sagt *Ulpian*:

58) S. HEINRICHS *ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. I. §. 13. pag. 133.* und MAREJOLL über die bürgerliche Ehre. S. 157. f.

59) *L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.*

60) S. HOFFMANN *ad L. Jul. de adulteriis. Cap. IV. §. 5. pag. 196.*

61) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

62) *ULPIAN Fragm. XIII. §. 2. L. 43. §. 10. D. de Ritu nupt.*

63) *L. 1. D. de publicis iudiciis.*

Senatus censuit, non conveniens esse ulli Senatori, uxorem ducere aut retinere, *damnata publico iudicio*: quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas.

War eine Frauensperson extra ordinem, d. h. hier ohne eine zum Grunde liegende lex iudiciorum publicorum, und nicht poena legitima bestraft worden; so konnte sie sich zwar eine laesio existimationis, eine nota sich zuziehen, allein die bloße Verurtheilung an sich machte sie nicht infam⁶⁴⁾. Denn sie ward hier nicht als eine publico iudicio damnata betrachtet, weil man hier nicht sagen konnte, eam populus damnavit. Ulpian⁶⁵⁾ sagt:

Si qua calumniae iudicio damnata sit ex causa publici iudicii, et quae praevagationis damnata est, publico iudicio damnata esse non videtur.

Mit einer solchen damnata war daher auch den ingenuis das connubium nicht schlechterdings untersagt. An einer solchen Person konnte auch, wie Hoffmann⁶⁶⁾ nicht ohne Grund behauptet, ein Stuprum nicht ungestraft begangen werden. Nach einer ausgedehnten Erklärung der Lex Julia et Papia Poppaea wurden jedoch in der Folge auch diejenigen, welche vom Senate verurtheilt

64) L. 7. D. de publicis iudiciis. C. Marejoli C. 131. f.

65) L. 43. §. 11. D. de Rüt. nupt. Hiermit steht die L. 212. D. de Verb. Signif. in Verbindung, welche aus Ulpiani lib. I. ad Leg. Jul. de adult. genommen ist. C. HOFFMANN O. I.

66) Ad Leg. Jul. de adulter. Cap. IV. §. 5. pag. 196.

worben ⁶⁷⁾, wie Maurician ⁶⁸⁾ bemerkt, den *iudicio publico damnatis* gleichgestellt ⁶⁹⁾.

Solche geringe Personen, mit denen die *Lex Papia* den Senatoren und anderen *ingenuis* die Ehe untersagte, und zu denen noch in den späteren Verordnungen der christlichen Kaiser ⁷⁰⁾ mehrere gezählt werden, konnten also nur zu Concubinen-genommen werden, so weit es geschehen konnte, ohne sich nach der damit in Verbindung stehenden *Lex Julia de adulteriis coercendis* eines Adulteriums oder Stuprums schuldig zu machen. So ist Marcian ⁷¹⁾ unstreitig zu verstehen, wenn er sagt:

Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur: nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est: ut et MARCELLUS libro septimo Digestorum scripsit.

Wo also ein nach der *Lex Julia et Papia Poppaea* zulässiger Concubinat eingegangen ist, da finden

67) Denn seit Libertus hat der Senat häufig Criminaluntersuchungen an sich gezogen, wie aus Tacitus *Annal.* Lib. II. Cap. 85: et Lib. III. cap. 10. erhellet.

68) Der Röm. Jurist Junus Mauricianus hat einen Commentar von 6 Büchern über die *Lex Julia et Pap. Poppaea* geschrieben. S. HENNECIUS cit. Comment. Lib. I. Cap. 1. §. 4. pag. 15.

69) ULPIAN. *Fragm. Tit. XIII.* §. 2. sagt: *Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et in iudicio publico damnatam, et quae artem iudicram fecerit. Adicit MAURICIANUS, et a Senatu damnatam.*

70) *L. 7. Cod. de incest. nupt. (V. 5.) L. 1. C. de natur. lib. (V. 27.) L. 29. C. ad Leg. Jul. de adult. (IX. 9.)*

71) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

die auf das adulterium, worunter denn hier auch das stuprum begriffen ist ⁷²⁾, gesetzten Strafen der Lex Julia de adulteriis keine Anwendung ⁷³⁾.

Noch führt Marcian ⁷⁴⁾ einen Fall an, wo auch sogar eine mulier ingenua honestae vitae im Concubinate seyn konnte, nämlich wenn man ausdrücklich vor Zeugen erklärt, und bekannt gemacht hatte, daß man sie als Concubine habe. Ich habe von diesem Falle schon oben ⁷²⁾ ausführlich gehandelt. Der Grund war, weil eine solche ingenua, welche sich freywillig vor Zeugen zur Concubine annehmen ließ, eben dadurch für eine inhonesta, ja einer solchen nicht unähnlich gehalten wurde, welche sich als Hure angeben, und nach altem Gebrauche zu diesem Metier vom Aedilis ein Patent erhalten hatte ⁷⁵⁾.

72) L. 29. §. 1. D. ad Leg. Jul. de adulter. Quod ait Lex, adulterii damnata, si quis duxerit uxorem, ea lege teneri: an et ad stuprum referatur, videamus, quod magis est. Man vergleiche noch die L. 6. §. 1. D. ad Leg. Jul. de adult. coerc. und L. 101. D. de Verb. Signif. S. WINCKLER Diss. de genuina concubinatus ex mente Legg. Roman. conceptu. §. 29.

73) S. RAMOS DEL MANZANO Commentar ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. II. nr. 11. (Tom. V. Thes. Meerm. pag. 445.) WINCKLER cit. Diss. §. 28. et 30. und Zimmermann Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. Th. 2. Abth. §. 133. S. 488. Not. 20 a).

74) L. 3. §. 1. D. h. t.

75) S. §. 1295. S. 376. Not. 39.

76) S. DEL MANZANO cit. loc. nr. 10. Einige behaupten sogar, die testatio habe bey den Aedilen geschehen müssen, wie Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VIII. cap. 13. Andere vor sieben Zeugen, nach dem Beyspiel eines feyerlichen Divortiums, wie

Denn so wie bey dieser die Strafe der Lex Julia de adulteriis wegfiel, quia Veteres satis poenarum adversus impudicas in ipsa professione flagitii credebant, wie Tacitus ⁷⁷⁾ sagt; so entgieng nun auch eine solche ingenua der Strafe des Stuprums.

Von diesem Falle erklärt man auch gewöhnlich eine Stelle aus des Paulus libro XIV. Responsorum, welche in der daraus genommenen L. 35. D. de auro et argento legato also lautet:

Titiae, amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pando quinque dari volo: quaero, an heredes ad praestationem integrae materiae auri, an ad pretium, et quantum praestandum compellendi sint? PAULUS respondit, aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest.

Unter *amica* verstehen hier fast alle Ausleger die Concubine des Erblassers, und die Worte: *cum qua sine mendacio vixi*, erklären sie so: quam ego concubinam duxi, et habui, non falsa spe aut mendaci matrimonii praetextu, sed sub testatione concubinitus, ac proinde licite, et sine stupri crimine,

Henr. Brouwer de iure connubior. Lib. I. Cap. 27. nr. 25. Allein die richtigere Meinung ist wohl, daß eine Erklärung vor zwey Zeugen genügt habe. Denn *testatio* heißt nichts anders, als *testium adhibitio*, es mag eine Urkunde errichtet worden seyn, die die Zeugen unterschrieben haben, oder nicht. Man sehe *Ge. Jordens de Legitimatione. Diss. I. Cap. III. §. 8.* (in *FELLENBERG Jurisprud. Antiqua. Tom. II. pag. 346.*)

77) *Annal. Lib. II. cap. 85.*

quamvis ingenuam 78). Der Testator habe ihr also auch, wie Paulus hier sage, ein Vermächtniß gültig hinterlassen können 79), und zwar habe hier der Erbe die Wahl, ob er der Titia die ihr vermachten 5 Pfund Gold in Natur, oder im Gelde werthe geben wolle. Für diese Erklärung scheint auch die Stelle des Paulus 80) zu sprechen, wo aus Massurius Sabinus bemerkt wird, daß nun, nachdem der Concubinat gesetzlich anerkannt worden, eine Concubine mit ihrem rechten Namen *amica* genennet werde. Allein das Wort *amica* wird deswegen doch nicht überall in dieser Bedeutung genommen. Es kommt auch sehr häufig, besonders auf den römischen Sepulchral-Inschriften, in seiner eigentlichen Bedeutung für Freundin genommen, vor, und bezeichnet also diejenige, quae amicitia iuncta fuit defuncto; ja es kommt sogar mit dem Beywort, *optima*, oder *carissima*, selbst neben der *coniux* vor; zum Beweise, daß von keiner Concubine

78) RAMOS DEL MANZANO c. l. nr. 9. pag. 443. Greg. MATANSIVS ad triginta Ictor. omnia fragmenta, in GRANIO FLACCO §. 8. pag. 137. Jac. CUJACIUS Commentar. in Lib. XIV. Responsor. Julii Pauli. ad L. 35. cit. (*Oper. postumor.* a FABROTO editor. Tom. III. pag. 83.) Jos. Fern. de REYES Opusculor. Lib. VIII. cap. 22. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 406.) GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretal. Greg. IX. ad cap. 6. de cohabitatio. clericor. et mulier. (Tom. III. pag. 71.) HEINRICIUS Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 4. §. 3. pag. 167. Ernst Christ. Westphal System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 535. u. a. m.

79) L. 16. §. 1. D. his, quae ut indignis. L. 29. prine. L. 41. §. 5. L. 49. §. 1. D. de legat. 3.

80) L. 144. D. de Verb. Signif.

die Rede seyn könne. Hermann Canegeter ⁸¹⁾ führt mehrere solche Capital-Inschriften aus Reinesius, Malvasia, Fabrettus, Gruterus, Muratori und Donius an. Warum sollten wir das Wort *amica* nicht auch in der L. 36. cit. in seiner eigentlichen Bedeutung pro ea, quae amicitia iuncta fuit testatori, nehmen? Der Testator vermachte hier der Titia, seiner Freundin, 5 Pf. Gold, mit welcher er, ohne Verstellung, einen aufrichtigen und unbescholtenen Umgang bey seinem Leben gehabt hat. So erklären diese Stelle auch Heinrich Canegeter ⁸²⁾ und Haubold ⁸³⁾, und gewiß richtiger, als Gerhard Roodt ⁸⁴⁾, welcher unter der *amica* die Ehefrau des Testators versteht, dessen Erklärung Anton Schulting ⁸⁵⁾ mit Recht verwirft. Daß der Umgang des Erblassers mit der Titia untadelhaft, und in keinem Betracht unerlaubt gewesen seyn müsse, erhellet daraus, weil über die Gültigkeit des Vermächtnisses selbst kein Zweifel war. Wenn jedoch Vothier ⁸⁶⁾, welcher übrigens die *amica* des Testators auch für seine Concubine hält, die Worte *sine mendacio*, durch sine que-

81) Diss. ad Legem Numa Pompillii de ara Junonis pellici non tangenda. Cap. IV. not. a. (bey FELLENBURG in *Jurispr. Antiqua*. Tom. I. pag. 358. sqq.)

82) Rescripta Bozhornio. Cap. 22. (adj. *Dion. CATONIS Distichis de moribus* pag. 457. Amst. 1754. 8.)

83) Ad HEINECCI Antiquitat. Roman. Synt. Append. Lib. I. Cap. I. §. 38. Not. 10. pag. 260.

84) Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. de Ritu nuptiar. §. *Nunc rem* (*Opp.* Tom. II. pag. 486.)

85) Notae ad Dig. 9. Pand. Tom. V. ad L. cit. 35. pag. 445.

86) Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXIV. Tit. 2. Nr. XV. Not. p. pag. 418.

rela erklärt, so verdient diese Erklärung eben so wenig Beyfall ⁸⁷⁾, als wenn Jensen ⁸⁸⁾ jene Worte für eine fehlerhafte Uebersetzung aus dem Griechischen halten will, weil *sine mendacio vivere* vielmehr durch *aperto, simplici, ac candido utrimque animo agere*, hätte übersetzt werden sollen. Wer kennt nicht die längst widerlegte Grille dieses Mannes, welcher sich eingebildet hat, wir hätten Justinian's Pandecten nicht mehr in ihrer lateinischen Ursprache?

§. 1297.

Heutiges Verbot des Concubinats.

So unverkennbar auch die Abneigung der römisch christlichen Kaiser gegen den Concubinat aus den Verordnungen derselben, die sie wegen der natürlichen Kinder und deren Legitimation gegeben haben, hervorblickt, indem die dem Vater bald ganz entzogene, bald sehr beschränkte Freiheit, den natürlichen Kindern ihr Vermögen durch Testament oder Schenkung zuzuwenden, so wie die beschränkte Wirkung der Legitimation offenbar keinen andern Zweck, als indirecte Abschaffung des Concubinats, und Verwandlung desselben in eine rechtmäßige Ehe hatte, auch die mit der Ehe der Concubine verknüpfte Belohnung, nämlich die Erwerbung der väterlichen Gewalt, diese Absicht noch mehr befördern sollte ⁸⁹⁾; so lebhaft wurden sie doch

87) S. Schellers latein. Lexicon *vos. mendacium*.

88) *Stricturae ad Rom. iuris Pandect. ad L. 35. D. de auro, argento etc. pag. 292.*

89) S. BOEHMERI *ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 12.* und *Andr. Wütert. a BLOEMENDAAL Diss. de religionis christianae vi ad emendationem iuris civ.*

durch die Erfahrung belehrt, daß alle diese Anstalten nicht vermochten, ein Uebel auszurotten, welches zu tiefe Wurzeln geschlagen hatte. Man ward daher in der Folge gegen den Concubinat gleichgültiger und nachsichtiger, zumal da der Unterschied zwischen Ehe und Concubinat, der aus fern Form nach, abgesehen von den Wirkungen einer solchen Verbindung, so gering war, daß Beydes oft schwer von einander unterschieden werden konnte⁹⁰⁾. Daher mißbilligte auch selbst die Kirche den Concubinat nicht. Das erste Concilium zu Toledo, welches im Jahre 400. gehalten wurde, und keine Provinzial-, sondern eine National-Kirchenversammlung für ganz Spanien war⁹¹⁾, giebt uns hiervon ein treffendes Beyspiel. In dem *Can. XVII.* dieses Conciliums heißt es nämlich⁹²⁾.

„Si quis habens uxorem fidelem, et concubinam habeat, non communicet. Ceterum is, qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur, tantum ut unius mulieris, aut uxoris, aut CONCUBINAE, ut ei placuerit, sit coniunctione contentus.“

Lugd. Batavor. 1775. Man vergl. auch noch den 2. Th. dieses Commentars. §. 140. S. 281. ff.

90) *S. Franc.* BALDUINI Constantinus M. Lib. II. §. *Illad nescio.* pag. 187. sq. (*Argentor.* 1612. 8.) und *Corn. Wilk. de RHOER* Dissertationes de effectu religionis christian. in Jurisprud. Rom. Fasc. I. Diss. IV. §. 19. pag. 133.

91) *S. Jp.* CABASSUTII Notitia ecclesiast. Saec. V. pag. 194. sq. und *Car. Sebast.* BERARDUS ad Gratiani canones. Tom. I. cap. 17.

92) *Can. 4. Dist. XXXII.* den Text hat BERARDUS cit. loc. pag. 181. aus den besten Codicibus vollständig dargestellt.

Mehrere Kirchenväter des vierten und fünften Jahrhunderts erklärten sich zwar gegen den Concubinatus, und hielten ihn für schriftwidrig, unter denen hier besonders Hieronymus, Ambrosius, Leo der Große, und Augustinus zu nennen sind, aus deren Schriften wir die hierher gehörigen Stellen in Gratians Decrete⁹³⁾ finden; allein noch war von der höchsten Staatsgewalt kein Verbot ausgegangen⁹⁴⁾. Es waren daher damals nur noch Privatmeinungen jener Kirchenväter, die auch noch nicht von der Kirche allgemein angenommen waren⁹⁵⁾. Viel mehr hatte Kaiser Justinian den Concubinatus nicht nur für eine erlaubte Verbindung erklärt, sondern auch das Erbrecht der natürlichen Kinder eben so, wie die Legitimation derselben erweitert, wie schon an andern Orten be-

93) *Can. 2. Caus. XXXII. Qu. 2.* (HIERONYMUS *ad cap. 5. Epist. ad Ephesios.*) *Can. 4. C. XXXII. Qu. 4.* (AMBROSIVS *in libro de Patriarchis Lib. I. de Abrahamo. c. 4.*) *Can. 9. Caus. XXXII. Qu. 4.* (AMBROSIVS *in Sermone de S. Joanne.*) *Can. 11 et 12. Caus. XXXII. Qu. 2.* (LEO Papa, *ad Rusticum Narbon. Episcop. Ep. XC. c. 4. 5. et 6.*) *Can. 6. Dist. XXXIV.* (AUGUSTINUS *lib. V. Homil. 49.*) *Can. 5. C. XXXII. Qu. 2.* (AUGUSTINUS *lib. de bono coniugali cap. 14.*) *et Can. 6. ibid.* (AUGUSTIN. *cod. lib. cap. 5.*) Man sehe JOS. BINGHAM *Origines seu Antiquit. eccles. Vol. IV. Lib. XI. Cap. 5. §. 11.* und THOMASIVS *Diss. cit. de Concubinatu. §. 18 — 22.*

94) Das Edict des Königs Athalarich bey CASSIODORUS *Variar. Epistolar. Lib. IX. Ep. 18.* verbot mit den Concubinatus neben der Ehe. Diefz hatte auch schon St. Konstantin der Große verboten. *L. un. C. de Concubinis.*

95) THOMASIVS *cit. Diss. §. 22.*

merkt worden ist ⁹⁶). Er verbot nur mehrere Concubinen zugleich zu haben ⁹⁷). Es entspricht daher den Rechten und Sitten des damaligen Zeitalters vollkommen, wenn Isidor, Bischof von Sevilla, welcher in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts lebte, bey Gratian ⁹⁸) sagt:

96) S. Paganini GAUDENTII liber de Justiniani Seculi moribus. (Argent. 1654. 8.) P. I. cap. 21.

97) Nov. XIII. cap. 5. et Nov. LXXXIX. cap. 12.

98) Can. 5. Dist. XXXIV. Man sehe jedoch BERARDUS ad Gratiani canones. Tom. II. Part. III. Cap. 27. ad h. can. 5. pag. 388. edit. Vazet. GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad Decretales Gregorii IX. ad cap. 5. X. de cohabit. Clericor. et mulierum. Tom. III. pag. 74. will zwar behaupten, daß gleich a primis Ecclesiae Seculis der Concubinat nicht nur den Geistlichen sondern auch den Laien dath mehrere sowohl allgemeine als besondere Concilien sey verboten worden, und beruft sich deshalb auf seinen Commentar über das Concilium Eliberitanum. Allein das Concil. Eliberitanum enthält theils davon nichts, theils ist es auch an sich nicht ächt, wie BERARDUS ad Gratiani canones. Tom. I. Cap. 2. aus mehreren Gründen ganz überzeugend dargethan hat. Da ich übrigens den Commentar des Gonzalez Tellez über das Concil. Eliberitanum nicht besitze, so kann ich auch nicht beurtheilen, welche allgemeine und besondere Concilien er gemeint hat. In den Apostolischen Canonen can. 16. heißt es zwar: *Si quis post baptismum secundis fuerit nuptiis copulatus, aut concubinam habuerit, non potest esse Episcopus, non Presbyter, aut Diaconus, aut prorsus ex numero eorum, qui ministerio sacro deserviant.* Er findet sich in Gratians Decret can. 1. Dist. XXXIII. Allein dieser Canon enthält kein allgemeines Kirchenverbot des Concubinats. S. THOMASIVS §. 22. Not. d.

Christiano non dicam plurimas, sed *nec duas simul* habere licitum est, nisi *UNAM tantum*, aut uxorem, aut certe *loco uxoris*, (si coniux deest) *concubinam*.

Fast dreihundert Jahre nach Justinian's Tode soll es Kaiser Leo, mit dem Beynamen der Weise, gewesen seyn, welcher den Concubinatus zuerst verboten habe. So lehren fast alle, ältere und neuere Rechtsgelehrten⁹⁹⁾. Allein die Rechtsgeschichte lehrt uns, daß schon sein Vater, der Kaiser Basilus Macedo, ihm mit einer ähnlichen Constitution vorangegangen sey, welche wir bey Leunclavius¹⁰⁰⁾ unter der Ueberschrift: *περὶ τοῦ μὴ ἐξελ-
vai παλλακὴν ἔχειν* finden, und folgendermassen lautet:

99) *Rad FORNERIUS Rerum quotidian. Lib. I. cap. 22. (in Thes. iur. Rom. Otton.) Tom. II. pag. 150. sq.) THOMASIIUS cit. Diss. § 23. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Synt. Append. Lib. I. Cap. 1. §. 43. BOEHMER Jur. Eccl. Protest. l. c. §. 15. JORDENS Diss. I. de legitimatione. Cap. III. §. 11. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 134. a. E. S. 495. u. a. m.*

100) *Jur. Graeco-Rom. Tom. I. pag. 87. Sie findet sich auch, jedoch ohne Anführung des Namens in des HARMENOPOLI Manuale Legum. Lib. IV. Tit. 7. §. 34. nach der Ausgabe des REITZ. in Thes. Meerman. Tom. Supplem. pag. 248. Christ. God. HOFFMANN in Histor. iuris Rom. Justinian. Vol. I. Lib. III. Cap. 2. §. 10. und Jo. Aug. BACH in Histor. iurisprud. Rom. Lib. IV. Cap. II. Sect. II. §. 2. haben diese Constitution unter denen des BASILIUS MACEDO angeführt. Man sehe hier noch vorzüglich Car. Frid. ZEPERNICK Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus, in primis Novellis Leonis Sapientis. Sect. I. §. 2. (adj. BREKII libro sing. de Novellis Leonis. pag. 216. sqq.)*

Quoniam apud priscos liberum invenimus cum concubina eonsortium, quicumque tandem consuetudinem habere cum ea vellet, visum est nobis, hanc quoque legem silentio minime praetereundam, ne per indecoras nuptias respublica nostra contaminetur. Quare praecipimus, ut ex hoc die nemini liceat in domo sua concubinam habere. Id enim parum vel nihil a scortatione differre putamus. Sed si vitae societatem habere cum ipsa volet, matrimonium cum ea contrahat, secundum iuris subtilitatem. Quod si eam mulierem indignam se iudicaverit, nihil cum ea commercii per coitum habeat: sed hac reiecta, quam convenire sibi iudicavit, ducat. Sin continenter vivere malit, sane rem nobis optatam faciet.

Daher bemerkt Balsamon in seinem Commentar über des Patriarchen Photius Nomocanon ¹⁾, der Tit. VII. libri XXV. Dig. sey nicht in die Basiliken aufgenommen.

Der Kaiser Leo begnügte sich jedoch mit dem Gesetz seines Vaters nicht, sondern verbot den Concubinatus

1) Tit. XIII. Cap. 5. ad Textum: *Dicit. vero.* (in JUSTELLI et VOELLI *Biblioth. iuris Canon. vet.* Tom. II. pag. 1108.) δ ξ'. *τιτλ. τοῦ κτ. βιβλίου τῶν διατάξεων, οὐκ ἐρέθη εἰς τὰ βασιλικὰ.* Gleichwohl findet sich auch in den *Basilicis* weder die Verordnung des Basilicus noch des Leo. Dahingegen sind allerdings Hauptstellen aus dem Titel der Pandecten *de Concubinis* nämlich L. 1. §. 2. et 3. L. 3. *pr. et §. 1.* in den Basiliken nach der Fabricianischen Ausgabe nämlich Tom. VII. Lib. LX. Tit. 37. befindlich, welche die Zulässigkeit des Concubinatus voraussetzen.

neue, als eine dem göttlichen Rechte und den Lehren des Christenthums zuwiderlaufende Verbindung. Es ist in seiner Novellen-Sammlung die Novelle XCI. welche nach der lateinischen Uebersetzung des Agyläus so lautet:

Imp. LEO Styliano Magistro Officior.

Neque minus ea lex, quae probrose cum concubinis immisceri non erubescitibus id permit- tendum iudicavit, honestatem susque deque ha- buit. Ne ergo hoc legislatoris erratum dedecore nostram rempublicam afficere sinamus: itaque lex illa in aeternum silet. Ab illa enim non modo religionis, verum etiam naturae iniuria secundum divina Christianisque convenientia praecepta pro- hibemur. Et quidem si, cum fontem habeas, so- brie inde haurire divino praecepto moneare; qua- ratione cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis? Tum tametsi fontem non habeas, rebus tamen vetitis uti non potes. Caeterum vitae con- sortem invenire difficile non est.

Daß die Gründe, welche hier Leo zur Rechtfertigung seiner Constitution gebraucht hat, sehr leicht, und nicht weniger als überzeugend sind, hat schon Thomasius²⁾ bewiesen. Warum aber Leo sich veranlaßt gefunden habe, den Concubinat nochmals zu verbieten, den doch sein Vater schon verboten hatte, scheint, wie Böhmer³⁾ behauptet, seinen Grund darin zu haben, weil eben dieser Kaiser in einer früheren Constitution⁴⁾ zur gältigen Schließung einer Ehe die priesterliche Einsegnung vorgeschrieben

2) Cit. Diss. §. 17. Not. e.

3) Jur. eccl. Protest. c. l. pag. 166.

4) Nov. LEONIS LXXXIX.

hatte. Es scheint indessen darin kein nothwendiger Grund zu liegen, den Concubinatus zu verbieten, da Ehe und Concubinatus von einander ganz verschieden sind⁵⁾). Hierzu kommt, daß der Kaiser Leo nicht einmal die priesterliche Einsegnung zuerst eingeführt, sondern nur den vernachlässigten Gebrauch derselben wieder hergestellt hat, indem sie schon unter Basilius Macedo zur Schließung der Ehe vorgeschrieben war, wie ich an einem andern Orte⁶⁾ gezeigt habe. Soviel erhellet aber aus der Novelle des Kaisers Leo deutlich, daß er allen Concubinatus aufheben wollen. Es ist daher wohl ein offener Mißverständnis, wenn Leyser⁷⁾ behauptet, Leo habe nur den Concubinatus, welcher auf eine beliebige Zeit, (*concupinatus temporarius et dividuus*) nicht aber den verbieten wollen, welcher von einer ledigen Mannsperson mit einer ledigen Frauensperson, einer ehelichen Verbindung gleich, auf die ganze Lebenszeit eingegangen wird, (*concupinatus perpetuus et individuus*). Daß dieser Unterschied durchsich aus keinen Grund habe, hat Koch⁸⁾ schon längst ausführlich dargethan. Jedoch hat er den Hauptgrund Leyser's unberührt gelassen. Daß Leo nur den temporären, nicht den lebenslänglichen Concubinatus habe verbieten wollen, glaubt Leyser aus den letzten Worten der Constitution: *Caeterum vitae consortem invenire difficile non est*, folgern zu können. Allein mit welchem Rechte? wird jeder von selbst beurtheilen können, der sich

5) Man sehe hier ZEPERNICK citt. Praetermissa. pag. 217.

6) S. den 24. Th. S. Comment. §. 1220. S. 346. f.

7) Meditat. ad Pand. Vol. IX. Spec. DLXXXV. medit. 14.

8) Instit. iuris crim. §. 301. Schol. pag. 158 — 163. (edit. octav.)

aus dem ganzen Zusammenhange der Novelle überzeugt, daß unter der *vitae consors* unmöglich eine Concubine gemeint seyn könne. Das römische Gesetz, welches den Concubinat erlaubte, soll auf immer aufgehoben seyn. Dieses kannte den Unterschied zwischen einem temporären und perpetuirlichen, zwischen einem auflösblichen und unauflösblichen Concubinat nicht. Der Concubinat soll aufgehoben seyn, weil er der Natur und den Lehren des Christenthums widerstreite. Warum will man, sagt Leo, wenn man aus der Quelle das reine Wasser schöpfen kann, lieber das unreine, den Morast, schöpfen? Wer kann also nun wohl die letzten Worte anders als so verstehen, da es nicht schyer halte, eine Frau zu finden, so solle man sich des Concubinats enthalten? Denn diesen vergleicht hier Leo mit dem lutum, wie auch Göddaus⁹⁾ diese Constitution richtig erklärt hat. Der Ausdruck *vitae consors* paßt auch gar nicht auf eine Concubine, wenn man erwägt, daß gerade das *consortium omnis vitae*, die Vereinigung des ganzen Lebens, nach dem Begriff des Modestinus¹⁰⁾, den wesentlichen Character der Ehe bildet. Auch die griechischen Worte, welche Leo gebraucht hat: τὴν κοινῶρον τοῦ βίου, deuten, selbst nach der Erklärung der Griechen¹¹⁾, auf keine andere Lebensgemeinschaft hin, als welche unter rechtmäßigen

9) Comment. repetitae praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Significat. ad L. 144. D. de V. S. Axiom. III. nr. 9.

10) L. 1. D. de ritu nuptiar.

11) C. Basilica Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 1. pag. 259. ΠΡΟΤΗ Nomocanon Tit. XII. cap. 13. (in VOELLI Bibl. iuris can. vet. Tom. II. pag. 1071.) ΗΑΡΜΕΝΟΠΟΥΛΙ Manuale Legum. Lib. IV. Tit. 4. §. 1.

Ehegatten Statt findet¹²⁾. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß das Verbot des Leo nur für den Orient galt. Denn das occidentalische Reich stand zur Zeit dieses Kaisers unter der Herrschaft der Deutschen¹³⁾. Bey diesen hat sich der Concubinat länger im Gebrauche erhalten¹⁴⁾. In den Kapitularien der fränkischen Könige wird daher nur den Verheyratheten der Concubinat, oder eigentlich der Pellicat, und zwar bey Strafe verboten¹⁵⁾. Von dem Concubinat bey unverheyratheten Personen findet sich kein Verbot in den Kapitularien. Selbst mehrere der fränkischen Könige und Kaiser lebten daher im Concubinate, vor, oder nach ihrer Ehe; wovon Böhmer¹⁶⁾ mehrere Beyspiele angeführt hat. So sehr sich nun auch die Päbste bemühten, den Concubinat auszurotten, so wenig waren sie im Stande ihre Absicht durchzusetzen, weil er zu tiefe Wurzeln geschlagen hatte. Man begnügte sich daher, den Concubinat¹⁷⁾ nur wenigstens bey der Geistlichkeit zu bes

12) Man sehe hier noch vorzüglich ZEPHERICK Praetermissa cilt. pag. 218.

13) S. THOMASIVS cit. Diss. §. 23. et 24.

14) J. H. BOEHMER Jur. Eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 15. sqq. und HEINECCIUS Elem. iuris Germ. Tom. I. §. 309.

15) *Capitulare PIPINI Regis Ital. de a. 793. Cap. 54.* (in BALUZII *Capitularib. Regg. Francor.* Tom. I. pag. 540.) *Capitular. Lib. VI. cap. 230.* (BALUZ. Tom. I. pag. 962.) et *Cap. 433.* (BALUZ. pag. 1010.) *Lib. VII. cap. 59. cap. 60. et cap. 336.* (BALUZ pag. 1059. et 1098.) et *Addit. II. cap. 23.* (BALUZ. pag. 1146.)

16) Jur. Eccl. Protest. c. l. §. 16 — 20.

17) S. BOEHMER c. l. §. 22 et 23.

ſchränken ¹⁸⁾. Aber auch bey dieſer blieben alle von den Päbſten und Concilien erlaſſene Verbote ohne Erfolg ¹⁹⁾. Denn da den Geiſtlichen die Ehe unterſagt war; ſo ſah man ſich ſogar genöthiget, den Concubinaten bey denſelben zu dulden, um größere Ausſchweifungen derſelben zu verhüten ²⁰⁾. Die Baſler Kirchenverſammlung vom Jahre 1531. gebot nun zwar den Geiſtlichen auf das ſtrengſte, bey Verluſt ihrer Kirchenpfänden, ihre Concubinen zu entlaſſen; fügte hingegen in Anſehung der Laien nur den gutgemeinten Rath hinzu, ſie möchten gleichfalls vom Concubinate abſtehen, und wenn ſie nicht die Gabe der Enthaltſamkeit hätten, nach dem Rathe des Apoſtels, heyrathen ²¹⁾. Der Papſt Nicolaus V. beſtätigte das

18) Vid. Tit. *de cohabitatione clericor. et mulier.* Lib. III. *Decretal. Greg. IX.* Tit. 2. et Cap. 55. X. *de ſentent. excommun.* Ein allgemeiner Titel de concubinato findet ſich in den Decretalen nicht. Es iſt daher die Meinung mehrerer berühmter Rechtsgelehrten, eines Biegler's, Wiſſenbach's, Hotman's, und anderer, welche THOMASIVS Diss. cit. §. 23. Not. c. anführt, nicht ohne Grund, daß das Canonische Recht den Concubinaten bey den Laien nicht ſchlechthin verboten habe.

19) S. BOEHMER. c. l. §. 26. 27. 28.

20) S. *Car. Du. FRENE* Glossar. med. et inf. Latinitat. voc. *Concubina.* und THOMASIVS cit. Diss. §. 27.

21) *Concil. Basileense. Sess. XX. Decret. 1. in fin.* Et cum omne fornicationis crimen lege divina prohibitum sit, et sub peccati mortalis poena necessario evitandum, *MONET omnes laicos tam uxoratos, quam solutos, ut similiter a concubinata abstineant.* Nimis enim reprehensibilis est, qui uxorem habet, et ad alienam mulierem accedit. *Qui vero solutus est, si continere nolit, iuxta Apostoli consilium uxorem da-*

Decret des Basler Conciliums nochmals in Ansehung der Geistlichkeit ²²⁾. Leo X. hingegen verbot den Concubinat ohne Unterschied, den Laien wie den Geistlichen, unter Androhung strenger Kirchencensuren, auf der fünften Lateranensischen Kirchenversammlung im Jahr 1516 ²³⁾, jedoch mehr um den Laien, wegen ihrer laut gewordenen Klagen über die Ausschweifungen der Geistlichen, wehe zu thun, und ihnen den Mund zu verschließen, als den Geistlichen im Ernst den Concubinat zu verbieten, weil er wohl wußte, daß keine Kräfte der andern die Augen aushackt ²⁴⁾.

Ernstlicher verboten die deutschen Reichs-Gesetze den Concubinat. In der Reichs-Polizey-Ordnung zu Augsberg 1530 aufgericht, heißt es Tit. XXXIII. von leichtfertiger Beywohnung ²⁵⁾:

„Dieweil auch viel leichtfertige Personen, außershalb von Gott aufgesetzter Ehe, zusammen wohnen, auch der öffentliche Ehebruch nicht gestraft, sondern gestattet, dadurch der Allmächtig, nachdem es wider sein göttlich Gebot, hoch beleidigt, auch zu vielen Uergernissen

cat. S. Jo. CABASSUTII Notia ecclesiast. Historiar. Concilior. etc. Saec. XV. pag. 551.

22) S. *Libr. Septim. Decretalium. a Petr. MATTHAEO collectus. Lib. III. Tit. 1. Cap. 3. (Tom. II. Corp. iur. canon. Boehmer. Append. I. pag. 85.)*

23) *Cap. 1. Lib. V. Tit. 16. de Concubinariis. in Septim. Decretal. Lib.* Durch einen Druckfehler wird diese Verordnung dem Pabst Leo V. beygelegt.

24) Man s. hier vorzüglich THOMASIVS c. 1. §. 28. Not.

25) S. die neue und vollständ. Sammlung der Reichsabschiede (Frankfurt 1747. f.) 2. Th. S. 343.

Ursach giebt. Derohalben ordnen und wollen wir, daß eine jede geistlich und weltliche Oberkeit, der solches ordentlich zugehört, ein billigs Einsehen haben soll, damit solch öffentlich Laster, der Gebühr nach, ernstlich gestraft und nicht geduldet werde.“

Dennoch erlaubten sich mehrere erlauchyte Personen den Concubinat, und selbst die Wittenberger Theologen mißbilligten dieses in ihrem Gutachten nicht, welches sie im Jahre 1539. dem Landgrafen Philipp von Hessen ausstellten, und welches selbst von Luther und Melancthon unterschrieben ist, sie sagen vielmehr darin²⁶⁾:

Hinc non sequuntur alicuius momenti contradictiones, aut scandala. *Nihil enim est inusitati, Principes CONCUBINAS alere.*

Nicht lange hernach ward der Concubinat auf dem Tridentinischen Concilium im Jahre 1563. nochmals, als ein grave peccatum, unter Androhung der Strafe der Excommunication, verboten²⁷⁾; und Pabst Pius V. drang in einer eigenen Verordnung vom Jahre 1566. auf strenge Vollziehung dieses Decrets, die concubinarij seyen Geistliche oder Laien²⁸⁾.

Zuletzt wiederholte die reformirte Policeny-Ordnung, auf dem zu Franckfurt gehaltenen Reichs-Deputations-Tage im Jahre 1577. aufgericht, Tit. XXVI.

26) Man sehe auch hier THOMASIVS §. 30 et 31.

27) *Sess. XXIV. Cap. 8. de Reformat. matrimonii.* (Concil. Trident. edit. Card. de LUCA, Colon. 1723. 4. pag. 387.)

28) *Septim. Decretal. lib. Pet. MATTHAEI Lib. V. Tit. 16. Cap. 2. de Concubinariis.*

nochmals das Verbot ²⁹⁾, welches bereits die oben angeführte frühere vom Jahre 1530. ausgesprochen hatte. In der peinlichen Gerichts-Ordnung Carls V. ist der Concubinats ganz unerwähnt geblieben.

Heutzutage ist also der Concubinats eine weder nach den bürgerlichen, noch nach den kirchlichen Gesetzen erlaubte Gesellschaft. Er ist nach dem Begriff unserer heutigen Criminalisten ein Vertrag zwischen zwey unverheyratheten Personen beyderley Geschlechts, zum Zweck einfachen Beyschlafs, in einer fortdauernden außerehelichen Verbindung mit einander leben zu wollen ³⁰⁾. Mangel an der gesetzlich bestimmten Form, welche zur bürgerlichen Rechtmässigkeit einer ehelichen Verbindung erfordert wird, unterscheidet also den Concubinats von einer bürgerlich rechtmässigen Ehe ³¹⁾. Man verwechselt jedoch den Concubinats nicht 1) mit einer Gewissens-*ehe* (*matrimonium conscientiae*). Denn diese ist eine wahre natürliche Ehe, bey welcher der *affectus maritalis* vorhanden, die aber nicht durch die gesetzliche Form

29) Samml. der Reichs-Abtschiede. 3. Th. S. 393.

30) S. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 494. Koen Instit. iur. crim. §. 302. Klein's Grunds. des peiml. Rechts. §. 391. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 603. Feuerbach's Lehrbuch des peiml. Rechts. §. 460. Strolman's Grunds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 381. Littmann's Handbuch des gemein. deutsch. peiml. Rechts. 3. Th. §. 573. Salchow Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen. 2. B. §. 383. und Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminal-Rechts. 2. Hauptabschn. §. 278. S. 723 f.

31) S. Robert's rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe. §. 7 — 11.

der Ehe legalisirt ist ³²⁾. 2) Nicht mit der Ehe zur linken Hand, (*matrimonium ad morganaticam*). Denn auch diese ist eine wahre Ehe, die auch in kirchlicher Form eingegangen worden, bey welcher aber verträglich festgesetzt ist, daß sie nicht alle rechtliche Wirkungen einer gültigen und bürgerlich rechtmässigen Ehe erzeugen solle. ³³⁾. Beyde können unter gewissen Einschränkungen erlaubt seyn ³⁴⁾; allein der Concubinat wird unbedingt von den Gesetzen des Staats und der Kirche für eine unerlaubte Gesellschaft gehalten. Man zählt ihn zu den Fleischesverbrechen. Da die deutschen Reichsgesetze die Strafe nicht bestimmt haben; so ist sie, sofern nicht Landesgesetze diese Lücke ausfüllen, nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ³⁵⁾. Die Strafe kann jedoch nur eine etwas verschärfte Strafe der einfachen Schwächung seyn ³⁶⁾.

32) S. Grolman a. a. D. Not. c. und Konopat im Zusaze zur Not. a. des §. 494. von Quistorp's Grundf. des peinl. Rechts. 2. B. S. 313. f.

33) Salchow a. a. D. S. 584.

34) S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 537. et 538. Allg. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 835. ff. Man sehe jedoch J. H. BOEHMER ius eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 55—58. Schnauher's Grundf. des Kirchenrechts. §. 253. Darg Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts. 6. Band. §. 561. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 243. in fin.

35) S. Klein's Grundf. §. 393. Quistorp Grdf. §. 495. Koch Instit. cit. §. 304. Littmann's Handbuch 3. Th. §. 574. Salchow Darstellung. 2. B. §. 384. PÜTTMANN Elem. §. 604.

36) Feuerbach a. a. D. §. 460. a. E. Grolman Crim. R. W. §. 381. Konopat Zusaz zur Not. i. des §. 495.

Gewöhnlich wird auf Geldbuße oder Gefängniß erkannt ³⁷⁾.

Ob übrigens der Concubinatus auch den Lehren Christi und seiner Apostel zuwider sey, worüber Juristen und Theologen gestritten haben ³⁸⁾, ist eine hierher nicht gehörige Frage, deren Entscheidung wir füglich den Theologen überlassen können.

z. B. S. 315. Martin Lehrbuch a. a. D. S. 723. f. X. M. ist Littmann a. a. D. 3. Th. §. 574. Man sehe dagegen Jac. Tqb. Werner Handbuch oder Commentar des peinl. Rechts. (Hadamar 1820. 8.) §. 721. S. 454.

37) S. Koch §. 304. Duflorey §. 495. MEISTER jun. princip. iur. crim. §. 251. Salchow a. a. D. §. 384. S. 586.

38) Man vergleiche Jo. GONDDART Comm. repet. prael. in Tit. 16. Lib. L. Pandect. ad L. 144. D. de V. 5. n. 9. p. 957. sqq. Joach. Just. BREITHAUPF Diss. theol. de concubinato a Christo et Apostolis prohibito. Halae 1713. 4. Jo. Wolfg. JAEGER Examen Disputationis Halensis de concubinato. Jo. Gustav Reinebeck die Natur des Ehestandes und Verwerflichkeit des dawider streitenden Concubinats aus der h. Schrift und andern vernünftigen Gründen gezeigt. Berlin 1714. 2. Aufl. 1715. PERRI ENCRATITAE ad ill. Abbatem Bergensem de Concubinato Epistola. rec. Tubing. 1714. 4. Marci Pauli ANTONINI Confutatio dubiorum, quae contra Schediasma Halense de Concubinato mota sunt. Argentor. 1714. 4. Joh. Guß. Reinebeck nochmaliger Beweis, daß der vom Thomastus vertheidigte Concubinatus ein sündlicher und verwerflicher Stand sey gegen Antoninus. Berlin 1715. J. W. Z. theologische Gedanken von der Heiligkeit des Ehestandes wider den unheiligen Concubinatus. 1714. und Jo. Andr. GRAMMELICH Tractat. philosophico theologic. de moralitate concubinatorum. Francof. et Lipsiae 1716. 4.

Lib. XXVI. Tit. I.

D e T u t e l i s.

S. 1298.

Zusammenhang zwischen Tutel und Erbrecht. Die Vormundschaft als Surrogat der patria potestas oder manus mariti. Ursprung und Gesichtspunct der Vormundschaft. Erläuterung des Röm. Begriffs von der Tutel. Wesentlicher Unterschied zwischen Tutel und Curatel. Heutiger Begriff von Vormundschaft.

Die Lehre von Vormundschaften ³⁹⁾ gehört zwar eben so, wie die vorige von der Ehe, in das Familien-

39) Schriften 1) zur Geschichte dieser Rechtslehre. vorzüglich Jo. Theoph. SZOZZA Historia iuris Rom. liberae Reipublicae de tutelis et curationibus. Lips. 1760. EJVSDEM brevis Curarum historia. *Ibid.* 1763. (in *Opuscul.* a KLÜBERO edit. Vol. I. (Erlang. 1788. 8.) Nr. II. et III. pag. 61—141.) Egid. von LÖHR über die Römischen Begriffe von Tutel und Curatel. (in denselben und v. Grolman neuen Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 1. B. (Steff. 1830.) Nr. I. S. 1—71.) Albr. Schwepps über den Grundbegriff der Tutel und Curatel, in Des-

recht. In diesem wird sie daher sowohl von Gaius^{4°}),

selben juristischen Magazin 1. B. 1. Heft. (Altona 1818. 8.) S. 97—117. von Löhr Bertheidigung seiner früheren Ansichten gegen die Einwürfe des Hrn. Prof Schweppe. (im angef. Magazin 1. B. Nr. XIV. S. 454—477.) *Ev. Orro* Diss. de perpetua foeminarum tutela. *Duisburgi ad Rhen.* 1719. von Savigny Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstuteln; (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 3. Band. Nr. X. S. 328—348.) F. L. Hoffmann's Versuch, eine Stelle des Cicero *Topicor. cap. 4.* zu erklären; (ebendasselbst S. 309—327.) von Löhr von der Tutel über Weiber, ihrem Zwecke, ihrer Fortbildung, und dem Verschwinden derselben. (im neuen Magazin 1. B. Nr. XII. S. 407—432.) Schweppe von der Curatel über Pupillen. (im Magazin Nr. VIII. S. 110—115.) von Löhr von der Cura über Unmündige. (im N. Magaz. 1. B. Nr. XIII. S. 433—454.) Eduard Hans Schollen zum Gajuz. (Berl. 1821. 8.) 4te Scholie S. 178—226. *Bernh. Wichel* WICHERS Diss. ad locum Gaii de tutelis. *Groningaa* 1822. 8. *Aug. Guil. de Schroeter* Diss. de nexu tutelae et iuris succedendi in bona defunctorum. *Specim. I. continens partem generalem.* *Jenae* 1820. 8. Ueber die tutela fiduciaria Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XII. S. 285—304. und Römischrechtliche Untersuchungen für Wissensch. und Ausübung von L. D. Reufkettel und S. W. Zimmermann. 1. Band. (Heidelberg 1821.) Nr. VIII. S. 142—154. Ueber die Fragmente I. IV. und VII. der hien Gesetztafel Hentz. Ed. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) S. 315—317. S. 343—355. und S. 369—380. Ueberhaupt Albr. Schweppe Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. (2. Ausgabe Göttingen 1826.) §. 419—435. S. 607—630. und Sigm.

als, nach dem Muster desselben, von Justinian ⁴¹⁾ in den Institutionen abgehandelt. Sie schließt sich an die Eintheilung der Menschen in solche, die *sui iuris*, und die *alieno iuri subiecti* sind, an ⁴²⁾, insofern als nur solche Personen einer Vormundschaft unterworfen seyn können, welche sich in keiner Potestas befinden, und also *sui iuris* sind. Allein in den Pandecten schließt sie sich an die Lehre vom Erbrecht an, weil beyde, Erbrecht und Vormundschaft, im Römischen Recht als zwey in einander eingreifende und einander begleitenden Institute angesehen werden. Schon in den zwölf Tafeln findet sich der Grund dieser Zusammenstellung, welche der Tutel nur bey

Wilh. Stimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. (Heidelberg 1826.) §. 232 — §. 252. S. 861 — 956. 2) Für das Practische. Paul. MONTANUS de iure tutelarum et curationum. Hagae Comit. 1680. 4. Just. Claproth's Unterricht für Vormünder. Göttingen 1773. Joh. Fried. Junghanns Unterricht in Vormundschaftsachen. Leipzig 1787. Heintr. Ferd. Christ. Freyh. von Lynker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung bey Privat- und Erlauchten Personen. Jena 1. Th. 1790. 2. Th. 1791. B. Ge. Happel's Unterricht für Vormünder. Marburg 1793. von Leonhardi Versuch einer Vormundschaftslehre. Gießen 1799. Joh. Friedr. von Meyer von den Unterschieden zwischen Tutel und Curatel, Unmündigen und Minderjährigen, nach Röm. und deutschem Recht. Frankf. a. Main 1803. und A. S. Stein über Vormundschaften und Curatelen nach gemeinem deutschem Rechte, mit einer Vorrede von R. F. Reinhardt. Stuttgart 1824.

40) *Instit. Commentar. I.* §. 142 — 200.

41) *Lib. I. Tit. 13* — 26.

42) *Pr. I. de iis, qui sui vel alieni iuris sunt.* (l. 8.)

den Erbschaften gedenken, und beyde Lehren in der fünften Gesetztafel umfassen ⁴³⁾). Die Vormundschaft erscheint hier hauptsächlich auf die Voraussetzungen der Erbfolge gegründet. Denn wenn diese Gesetze das Recht geben, einen Tutor im Testament zu ernennen, gleichviel, ob der Vater seinen unmündigen Kindern, oder der Ehemann seiner Frau in manu den Tutor bestellte ⁴⁴⁾; so wollen

43) *S. de SCHROETER Diss. cit. p. 27. sqq. Gans Scholien zum Gajus. S. 178. und Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der Zwölft. Tafel. Fragmente. 10. und 11. Kap. S. 288. ff.*

44) *Gajus Instit. Commentar. I. §. 144. Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habeat, testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus duntaxat: feminini autem tam impuberibus, quam nubilibus. Veteres enim voluerunt, feminas, etiam si perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. — §. 148. Uxori, quae in manu est, proinde ac filiae; item nurui, quae in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest. S. Gans Scholien S. 182. ff. und Dernburg Beiträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Bonn 1821. S. 275. Not. 3. Der Ehemann konnte auch seiner Frau in manu durch Testament die Wahl eines Vormundes selbst überlassen, den sie dann entweder für alle, oder auch bloß für einzelne Geschäfte wählen konnte. Dies war eine Unterart der testamentarischen Tutel, und hieß *tutoris optio*. Gajus gedenkt derselben *Comment. I. §. 150. In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare: hoc modo: Titiae, uxori meae tutoris optionem do: quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas (optare). Dieses Recht bestand wenigstens schon seit dem Jahre 566. der Erb. Roms, wie das bey Li-**

ste auch, daß er zugleich über seine Verlassenschaft testire. Daß dieses der Sinn des uns von Ulpian⁴⁵⁾ aufbehaltenen Fragments: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, wirklich sey⁴⁶⁾, lehrt uns Paulus *libro LIX. ad Edictum.*⁴⁷⁾, wo er die Worte dieses Gesetzes selbst erklärt. Er sagt nämlich: *Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur, et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud Veteres: Agnatorum gentiliumque, quae pro separatione accipitur. At cum dicitur: Super pecuniae tutelave suae*⁴⁸⁾, tutor separatim sine pecunia dari non potest⁴⁹⁾. Auch die Rechtsregel: *Nemo*

virus Lib. XXXIX. c. 19. vorkommende Beispiel von einer gewissen Hispana Fecentia beweist, welcher unter andern Privilegien auch dieses verliehen war, *utique tutoris optio item esset, quasi si vir testamento dedisset.* S. Frenh. von Brockdorf Uebersetzung der Institutionen Commentare des Gajus. 1. B. (Schleswig 1824.) §. 150. S. 589 — 596.

45) *Fragm. Tit. XI. §. 14.*

46) Ueber die ächte Darstellung dieses Fragments vergleiche man Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der Zwölft. Tafel. Fragmente. S. 320. ff.

47) *L. 53. pr. D. de Verbor. Signif.*

48) So liest die florentinische Ausgabe. Allein die Vulgata, mit welcher auch mehrere Handschriften übereinstimmen, hat *super pecunia tutelave sua.* Man sehe hier vorzüglich Dirksen. S. 335 — 338.

49) Die ganz unrichtige Erklärung von HOTOMAN Observation. Lib. VI. Obs. 5. als ob nur einem solchen Sohne ein tutor im Testament gegeben werden könne, den der Vater zum Erben eingesetzt hat, wird mit Recht vom

pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, fand bey der testamentarischen Tutel ihre Anwendung. Denn der Tutor sollte für das ganze Vermögen des Mündels, nicht für einzelne Sachen und Geschäfte bestellt werden. So lehrt noch Justinian, wenn er in seinen Institutionen ⁵⁰⁾ sagt: *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur*, und Ulpian *Libro XXXVIII. ad Sabinum* ⁵¹⁾ sagt ausdrücklich: *Certarum rerum vel causarum, testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus*. Eine solche Bestellung des Vormundes, welche mit Ausnahme gewisser Sachen, worüber der Tutor keine Verwaltung haben sollte, geschehen war, z. B. *Titius filii mei tutor esto, praeterquam in fundo Tusculano* ⁵²⁾, galt eben so wenig, als wenn der Vater seinen Sohn nicht von der ganzen Erbschaft, sondern nur von einem Theil derselben enterbt hatte ⁵³⁾. Die sonst eintretende billige Erklärung des letzten Willens, *quasi adscriptae non essent*, denn so hat NooDt ⁵⁴⁾ die Worte Ulpian's: *nec deductis rebus* ganz richtig erklärt, hatte hier nicht Statt, sondern die ganze Vormundschaftsbestellung war, wie Pomponius ⁵⁵⁾ lehrt, ungültig, weil, wie Marcian *libro*

NooDt Comment. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 2. §. *Dixi de modo* (Opp. Tom. II. pag. 542.) verworfen.

50) §. 17. *I. de Excusat. tutor. et curator.*

51) *L. 12. D. de testam. tut.*

52) С. ПОПОНИЯ Pandect. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 2. Nr. XIII. Not. e.

53) *L. 19. D. de liber. et postum.*

54) *Comm. ad Dig. c. 1. §. Vult. ergo lex. pag. 540.*

55) *L. 13. D. de testam. tut.*

secundo Institutionum 56) hinzusetzt: Tutor *personae, non rei vel causae datur*. Die Verwaltung der Güter, z. B. nach der Verschiedenheit ihrer Lage, unter mehrere Vormünder zu vertheilen, war jedoch eben so gültig, als die Vertheilung der Erbschaft unter mehrere Miterben im Testamente, wie Ulpian *libro XXXVIII. ad Sabinum* 57) bestätigt. Si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriaticae, utilis datio est: hoc enim iure utimur. Es steht nun auch ganz damit in Verbindung, wenn Paulus *libro VIII. Brevium* 58) sagt, daß nur solche zu Tutoren im Testament bestellt werden könnten, welche testamentsfähig sind, und Ulpian 59) nimmt nur den Latinus Junianus aus. Nam Latinus, sagt er, habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest: id enim *Lex Junia* prohibet.

Bei der tutela legitima, welcher nicht nur Unmündige, sondern selbst mündige Weiber 60) unterworfen waren, waren die Tutoren sogar in den meisten Fällen die Intestaterben derselben. Denn es waren die nächsten Agnaten, welche die Zwölf Tafeln zur Tutel beriefen. Nur die Vestalischen Jungfrauen waren frey von aller Tutel, welche daher auch von ihren Agnaten und Gentilen nicht

56) L. 14. D. eodem.

57) L. 15. D. eodem.

58) L. 21. D. eodem. Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamentifactio est.

59) *Fragm. Tut. XI. §. 16.* (Juris civ. Antejustin. edit. Hugo Tom. I. pag. 37. sq.)

60) Man begriff daher unter dem Ausdruck *Pupilla* das unmündige, so wie das mündige unter der Tutel ste-

beerbt wurden⁶¹⁾. Daß die zwölf Tafeln, welche die Agnaten zur tutela legitima über einen impubes beriefen, auch Bestimmungen über die Vormundung der Weiber enthalten haben müssen, kann nach dem, was Gajus in seinen Institutionen darüber berichtet, keinem Zweifel unterliegen⁶²⁾. Folgende Stellen sind hier besonders merkwürdig.

Institution. Commentar. I. §. 156. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII. AGNATI sunt tutores, qui vocantur legitimi.

§. 157. Sed olim quidem, quantum ad legem XII. tabularum attinet, etiam FEMINAE agnatos habebant tutores.

§. 145. Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet: tantum enim ex lege Julia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae: loquimur autem exceptis Virginibus Vestalibus, quas etiam vetores

hende Frauenzimmer, wie die Tafel von Heraclea beweist. S. Heinec. Ed. Dirksen Bemerkungen über die erste Hälfte der Tafel von Heraclea; (in Desselben civilistischen Abhandlungen. 2. B. (Berlin 1820.) S. 190. f. und Desselben Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 306.

61) S. von Löhr Abh. von der Tutel über Weiber, im N. Magazin. 1. Band. S. 416. f.

62) Man sehe hier vorzüglich Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Kap. X. S. 305—309.

in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt. Ita-
que etiam *lege XII. tabularum* cautum est.

Comment. II. §. 47. (Item) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent: id ita lege XII. tabularum cautum erat.

Daß die Vestalinnen von ihren Agnaten nicht beerbt wurden, bezeugt eine von Gellius⁶³⁾ aus dem Commentar des Antistius Labeo über die XII Tafeln angeführte Stelle ganz deutlich. Er sagt nämlich: Praeterea in commentariis LABEONIS, quae ad XII. Tabulas composuit, ita scriptum est: *Virgo Vestalis neque heres est CUIQUAM INTESTATO, neque INTESTATAE quisquam; sed bona eius IN PUBLICUM redigi aiunt.*

Der genaue Zusammenhang zwischen Erbrecht und Vormundschaft bey der tutela legitima zeigte sich noch besonders darin, daß dem nächsten Intestaterben die Tutel gerade deswegen deferirt wurde, um ihm die Möglichkeit zu gewähren, sein künftiges Erbrecht gegen die mögliche Gefahr einer Beeinträchtigung oder Entfremdung des Vermögens zu sichern. Ulpian rühmt dieses als eine weise Vorsehung der Alten, wenn er sagt *libro XIV. ad Sabinum*⁶⁴⁾:

Legitimae tutelae lege duodecim tabularum agnatis delatae sunt, et consanguineis: item pa-

63) *Noct. Atticar. Lib. I. cap. 12.* - S. von Löhr Abh. von der Tutel über Weiber; im neuen Magazin 1. B. S. 416. f.

64) *L. 1. pr. D. de legitim. tutor.*

tronis, id est his, qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia: ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.

Es war also eine Rechtsregel, wie Quintus Mucius Scaevola libro singulari Opōv⁶⁵⁾ sagt:

Quo tutela rediv, eo hereditas pervenit;

die nur bey Frauenspersonen eine Ausnahme litte, weil diese nicht Tutoren seyn konnten. Daher sagt Ulpian⁶⁶⁾:

Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: utputa si sit consanguinea pupillo. Nam hereditas quidem ad agnatam pertinet: tutela autem ad agnatum.

Eben diese Ausnahme fügt auch Scaevola⁶⁷⁾ seiner Regel bey, wenn er sagt: nisi cum feminae heredes intercedunt.

So wurden also Tutelen nach dem Gesetz der zwölf Tafeln, eben so, wie Erbschaften, auf zweyerley deferirt, durch Testament, und ab intestato unmittelbar durch das Gesetz. Trat keine von beyden Tutelen ein, so blieben sich beyde, Unmündige, wie Frauenspersonen, selbst überlassen, bis zur Lex Atilia, welche zuerst dem Prätor das Recht gab, mit Zustimmung des größten Theils der Tribunen, den Frauenspersonen und Pupillen, die keinen Tutor hatten, auf ihr, oder der dazu Verpflichteten oder Berechtigten Bitten, einen Vormund zu bestellen⁶⁸⁾.

65) L. 73. pr. D. de div. Reg. iuris.

66) L. 1. §. 1. D. de legitim. tutor.

67) L. 73. pr. D. de Reg. iur.

68) ULP. Fragm. Tit. XI. §. 18. Pr. I. de Atilian.

Die Regel: *ubi hereditas, ibi tutela*, wurde übrigens so streng interpretirt, daß auch ein Unmündiger, wenn er der nächste Intestaterbe des Pupillen war, tutor legitimus seyn konnte, in welchem Falle dann ein Interims-Vormund bestellt wurde, welcher die Vormundschaft statt des tutoris legitimi und zugleich über ihm selbst verwaltete⁶⁹⁾. Die Analogie des Erbrechts ist endlich auch noch insofern sichtbar, daß die testamentarische Tutel vor der legitimen, eben so, wie die testamentarische Erbfolge vor der gesetzlichen den Vorzug hat⁷⁰⁾.

Alles dieses wußten wir jedoch schon vorher größtentheils aus der Justinianischen Gesetzsammlung selbst. Aus Gajus erfahren wir aber nun noch eine merkwürdige Parallele zwischen der testamentarischen Tutel und der Erbeinsetzung in Rücksicht der Form. Der Tutor konnte nämlich im Testament nicht anders, als wie ein Erbe, *verbis directis* ernannt werden. So wie nämlich bey der Einsetzung eines Erben nur die Form: *Titius heres esto*, oder *Titium heredem esse iubeo*, üblich, jede andere aber ungültig war⁷¹⁾; so war auch bey der Ernennung eines Tutors im Testament keine andere Form gültig, als die: *Lucium Titium liberis meis tutorem*

tutor. S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel im N. Magazin. 1. Band. S. 3. ff.

- 69) ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 20. — Si legitimum tutorem pupillum habeat sc. femina. Besonders L. 10. §. 7. *D. de Excusation.* (XXVII. 1.) und L. 5. *Cod. de legitima tut.* Man sehe auch CUJACIUS *Observation.* Lib. XVII. cap. 28.

70) *Pr. I. de legitima agnator. tut.*

71) GAIUS *Commentar. II.* §. 117.

do, oder *Liberis meis, oder uxori meae Titius tutor esto*⁷²⁾).

Vormundschaft kann also nur bey solchen Personen vorkommen, welche sich in keiner potestas befinden. Dieß sagt nicht nur Justinian⁷³⁾ ausdrücklich im Eingange dieser Lehre, sondern noch bestimmter Gajus⁷⁴⁾, wenn er nach dem Rechte seines Zeitalters, wo noch die *conventio in manum mariti* und die Tutel über Weiber galt, sagt: *Ex his personis, quae neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt*⁷⁵⁾, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur. Daher entsteht nun die Eintheilung der Personen, welche in keiner potestas sind, daß sie entweder unter der Tutel, oder unter der Curatel stehen, oder sich selbst überlassen sind. Unter der Tutel standen nicht nur Unmündige ohne Rücksicht auf das Geschlecht, sondern auch Frauenzimmer waren ihr unterworfen, ohne Rücksicht auf das Alter, sofern sie sich nicht entweder in der potestas ihres Vaters, oder in der

72) Gajus *Commentar. I. §. 149.* und *II. §. 289.* C. Gans Schollen zum Gajus. S. 189. f. und von Brodtkorff *Institutionen Commentare des Gajus zum §. 149.* S. 587. f.

73) *Pr. I. h. t.*

74) *Institut. Commentar. I. §. 149.*

75) Ueber die Bedeutung von potestas, manus, und mancipium vergleiche man Gajus *Comm. I. §. 108 — 141.* Eduard Gans Schollen zum Gajus. S. 138 — 177. und von Brodtkorff *Institutionen Commentare des Gajus.* Zum §. 49. S. 129 — 167. und zum §. 108. S. 393.

manus des Mannes befanden ⁷⁵). Nur die Vestalischen Jungfrauen waren, wie bereits oben bemerkt wurde, schon

76) Livius *Lib. XXXIV. Cap. 2.* *Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem, agere feminas sine auctore voluerunt: in manu esse parentum, fratrum, virorum.* Es soll hier die dreyfache Gewalt angezeigt werden, unter welcher damals die Frauenspersonen bey den Römern lebten, die des Vaters, des Vormundes, wofür hier die Brüder, als die nächsten Agnaten, und als Repräsentanten aller übrigen Vormünder, genannt sind, und des Ehemannes. S. von Savigny *Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel*; (in der *Zeitschrift* 3. B. S. 335.) — Cicero *pro Muraena. Cap. 12.* *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi (nämlich Jurisconsulti) invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.* Vormünder, welche von der Willkür der Frauen abhängen, waren allerdings die *tutores optivi*, wie sie Gajus *Comm. I. §. 154.* nennt, d. h. deren Wahl der Frau im Testament ihres Mannes überlassen war. Diese konnte die Frau nach ihrem Gefallen entweder für alle ihre Angelegenheiten, oder auch nur für einzelne wählen, und auch die Wahl wieder nach Gefallen ändern, und den gewählten Tutor mehrmals gegen einen andern vertauschen, sofern ihre Wahl nicht durch das Testament selbst beschränkt war, wie Gajus *I. §. 150—153.* dies Alles ausführlicher gesagt hat. Man sehe auch von Savigny *a. a. O. S. 339.* Allein eigentlich meinte wohl Cicero *a. a. O.* wenn er von einer Erfindung der Rechtsgelehrten spricht, den *tutor fiduciarius*, von dem wir nun erst durch Gajus *Commentar. I. §. 114 et 115.* und §. 195. einen richtigen Begriff bekommen haben. Auch dieser war ein beliebig gewählter Tutor, den sich die Frau, um ihre gesetzlichen Vormünder los zu werden, verschaffen konnte, wenn sie eine *coemptio (fiducias causa)* eingieng.

nach dem Gesetz der zwölf Tafeln, in honorem sacerdotii, und nach der Verfügung der *Lex Julia et Papia Poppaea* auch diejenigen Frauen, welche drey oder vier Kinder in der Ehe geboren hatten, je nachdem sie nämlich entweder Freygebohrne, oder aus dem Stande der Freygelassenen waren, und also dadurch das *ius liberorum* erworben hatten, von der Tutel frey 77). Die

Denn der *coemptionator* konnte sie nun an denjenigen *remancipiren*, welchen sie selbst wünschte, und dieser ward, wenn er sie manumittirte, ihr tutor *fiduciarius*. S. Zimmern über *fiduciaria tutela*; (in den Römisch-rechtl. Untersuchungen. 1. B. S. 142. f. Not. 1.)

- 77) *Gaius Comm. I. §. 145. et §. 194. Ulpian. Fragm. XXIX. §. 3. Paulus Sententiar. Recptar. Lib. IV. Tit. 9. §. 1. Fragment. Vet. Icti. §. 17.* (in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 258. sq.) *Dio Cass. Lib. LVI. pag. 875. S. Heineccius ad Legi Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 11. pag. 234. sqq.* Wenn *Plutarch in Numa* cap. 10. sagt: *Τιμὰς δὲ μεγάλας ἀπέδωκεν αὐταῖς, ὅν ἐστι — καὶ τὰλλα πράττειν ἄνευ προστάτου διαγοσέβεις; ὡς περ αἱ τριπταίδες. i. e. Tribuit (sc. Numa) his (sc. Virginiibus Vestalibus) ingentes praerogativas, inter quas est — et sine tutore liberum rerum suarum arbitrium, ut quibus tres sunt liberi; so ist dieß nicht dahin zu mißdeuten, als habe Numa schon das *ius trium liberorum* gekannt; denn dieses ist erst durch die *Lex Julia et Papia Poppaea* eingeführt worden; sondern der Historiker vergleicht hier bloß die von Numa den Vestalinnen angeblich zugestandenem Vorrechte mit denjenigen Begünstigungen, welche zu seiner Zeit das *ius liberorum* allen Frauenspersonen verschaffte. S. Dirksen Versuch zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1823.) 6. Abh. Kap. 5. S. 307.*

beyden Hauptarten der Tutel waren also, nach der sehr wahrscheinlichen Ansicht des Labeo⁷⁸⁾, die Tutel über Unmündige, (*tutela pupillaris*) und die Tutel über Weiber (*tutela muliebris*)⁷⁹⁾. Beyde gleich alt, und zum Schutz und Vertheidigung dieser Personen eingeführt, unterschieden sich hauptsächlich in Ansehung der Dauer⁸⁰⁾.

78) GAJUS *Comm. I.* §. 188. lehrt uns, daß die Frage, in wieviel genera und species die Tutelen einzutheilen seyen, unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen sey. Ohne jedoch darüber seine eigne Ansicht zu geben, referirt er nur die verschiedenen Meinungen der ältern Rechtsgelehrten. Einige, sagt er, hätten fünf, wie Quintus Mucius, andere drey, wie Servius Sulpicius, andere zwey, wie Labeo, und wieder andere hätten soviel genera angenommen, als überhaupt Species seyen. Man sieht nicht einmal hieraus, was Gajus unter genus und species verstanden habe. Die *longa disputatio*, wie sie Gajus nennt, mag also wohl von keiner Bedeutung gewesen seyn. Man sehe übrigens WICHERS *cit. Diss. pag. 45. sqq.* und Zimmermanns Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 232. S. 865. Not. 15 auch Gans Schollen 3. Gajus S. 180. f.

79) Massurius Sabinus bey GELLIVS *Noct. Atticar. Lib. V. cap. 13.* unterscheidet die *pupillaris tutela* und *muliebris*. Man sehe auch GAJUS *Commentar. I.* §. 189. et 190.

80) ULPIAN. *Fragm. Tit. XI. §. 1.* Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis impuberibus duntaxat, propter aetatis infirmitatem: feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. Hierher gehört auch die oben Not. 44. aus GAJUS *Lib. I. §. 144.* angeführte Stelle, womit noch

Das Alterthum betrachtete die Weiber, auch wenn sie längst die Großjährigkeit erreicht hatten, wie Pupillen, und also auch eben so, wie die Unmündigen, als unvollständige Personen, die erst durch die Auctorität ihrer Tutoren ergänzt, ihren Willen vollkommen gültig erklären konnten ⁸¹⁾. In der Folge der Zeit verschwand jedoch diese Weibertutel, die ohnehin, wie Gajus ⁸²⁾ sagt, auf

der §. 445. zu verbinden ist, wo Gajus sagt: *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet.* Jedoch hatte die Weibertutel auch das Eigenthümliche, daß sie, nämlich die legitima, cedirt werden konnte, welches eine Folge ihrer längern Dauer war. Eine solche tutela cessitia konnte bey der Pupillentutel nicht vorkommen, weil sie für den Vormund weniger lästig war, da sie sich mit dem Eintritt der Pubertät endigte, welchen Grund Gajus I. §. 168. selbst anleht. Es wird davon unten Not. 95. die Rede seyn. Man sehe jedoch die Heidelberg. Jahrbücher der Litt. Jahrg. XVI. (1823.) Heft X. S. 953.

81) ULPIAN. *Fragm. Tit. XI. §. 25, et 27. CACRO pro Caecinna. Cap. 25. und Topica. Cap. 11.* Man sehe auch von Löhr von der Tutel über Weiber im N. Magazin 1. B. S. 421 — 423.

82) *Institution. Lib. I. §. 190. Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et aequam erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur, quam vera. Mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant: et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam: saepe etiam invitus auctor fieri a Praetore cogitur.*

einem mehr scheinbaren, als wahren Grunde beruhte. Denn nicht sowohl das Wohl der Frau selbst, die etwa gegen ihren Leichtsin in Schutz genommen werden sollte, war der Hauptzweck der Geschlechtstutel, sondern das Interesse der Agnaten, denen die tutela legitima über Frauen, welche freier Geburt waren, gebührte, und welche auch ihre nächsten Intestaterben waren. Indem diese durch Verweigerung ihrer Auctorität ihnen die Möglichkeit benahmen ein Testament zu machen, suchten sie hierdurch den willkürlichen Uebergang des Vermögens in fremde Familien zu hindern. Eben darin, sagt Gajus ⁸³⁾, äusserte sich vorzüglich das Interesse und die Wichtigkeit der tutela legitima, quod hi (tutores) neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri cogantur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi, obligationisque suscipiendae interveniat. *Eaque omnia IPSORUM CAUSA constituta sunt: ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque aere alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat.* Um daher diese lästige Agnaten-Tutel zu beseitigen, erfanden die Römischen Juristen das Mittel einer coemptio fiduciaria cum extraneo, wahr scheinlich zu Ciceros Zeiten, der sich dagegen mit Empfindlichkeit erklärte ⁸⁴⁾. Vermöge einer solchen Coemption ward es nun einer Frauensperson möglich, ihren tutor legitimus gegen einen andern zu vertauschen, der von

83) Institut. Lib. I. §. 192.

84) Orat. pro Muræna. Cap. 13.

ihrer Wahl und Willen abhing, und daher weniger Interesse dabei hatte, ihr zur Errichtung eines Testaments seine Auctorität zu ertheilen, auch allenfalls durch Hülfe des Prätors dazu gezwungen werden konnte. Von dieser Coemptio sagt Gajus ⁸⁵⁾:

Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo. — Quae vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.

Quod est tale: si qua velit, quos habet tutores, reponere, ut alium nanciscatur, illis auctoribus ⁸⁶⁾ coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui tutor fiduciarius dicitur.

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis ⁸⁷⁾, quam si coemptionem fecissent, remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate Divi HADRIANI Senatus remisit.

Diese fiduciaria coemptio, welche, wie hier Gajus berichtet, schon unter Hadrian, um ein Testament

85) *Comm. I. §. 114 115 et 115 a.*

86) So hat HOLLWEG in der zweyten Ausgabe von GAJUS (*Berolini 1824*) pag. 50. die Lücke ergänzt, wegen *Comm. I. §. 195.*

87) Von diesen Ausnahmen spricht GAJUS *Comm. I. §. 145.*

zu machen, nicht mehr nöthig war ⁸⁸⁾, bis dahin aber erst selbst von des tutoris legitimi Auctorität abhing ⁸⁹⁾, ward in der Folge, um überhaupt der legitima tutela zu entgehen (tutelae evitandae causa), dadurch unnütz, daß der Agnaten gesetzliche Tutel über Frauen durch die *Lex Claudia* aufgehoben wurde ⁹⁰⁾. Nach diesem Gesetz sollte nämlich eine Freygebohrne unter keinem Tutor mehr stehen, der ihr nächster Erbe war, dem also selbst gar sehr daran lag, ihr etwa das Testiren zu erschweren ⁹¹⁾. Durch die *Lex Claudia* war aber keinesweges, wie *Cujaz* ⁹²⁾ behauptet, die Geschlechtsvormundschaft ganz aufgehoben worden. Dieß läßt sich nicht einmal bey freygebohrnen Frauen vertheidigen: sondern seit der *Lex Claudia* wurden alle Vormünder freygebohrner Frauen

88) S. Hugo Lehrb. der Geschichte des R. Rechts bis auf Justinian. S. 409. u. f. Not. 2.

89) *GAJUS I. §. 195.* S. Zimmermann Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. §. 233. S. 875.

90) *GAJUS I. §. 157.* Sed postea *lex Claudia* lata est, quae, quod ad feminas attinet, tutelas sustulit. Itaque masculus quidem impubes fratrem püberem, aut patrum habet tutorem: feminae vero talem tutorem habere non possunt. Daß hier bloß von der tutela agnatorum legitima die Rede sey, sagt *GAJUS Comm. I. §. 171.* deutlicher, wo es heißt: cum agnatorum tutelae in feminis lege *Claudia* sublatae sint. Es ist also nicht nöthig das Wort *agnatorum* in dem §. 157. einzuschalten. S. Dittsen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 3. Abh. S. 117.

91) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. R. S. 565. Z. 10—15.

92) *Observation. Lib. XXVI. cap. 7.*

von der Obrigkeit ernannt ⁹³⁾, bey den Freygelassenen hingegen blieb die *tutela patronorum legitima* ⁹⁴⁾. Bey dieser blieb auch nur noch die der geschlichen Tutel über die Frauen sonst eigene Session im Gebrauche, welche nun bey der Tutel freygebohrner Frauen gar nicht mehr Statt finden konnte ⁹⁵⁾. Kaiser Constantin der Große

93) S. von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel; in der Zeitschrift S. B. S. 344 ff.

94) ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 8. *Feminarum autem legitimam tutelam lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum.* Mit Unrecht vertheidigt HEINECCIUS in Comm. ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 11. pag. 237. die offenbar falsche Lesart *sustinet*, die schon CUIACIUS Observat. Lib. XXVI. cap. 7. mit Recht verworft. S. SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 597. Not. 28. Durch GAJUS ist nun vollends alles entschieden. Wegen der Ausnahme, die hier Ulpian macht, vergleiche man noch ULP. XIX. 11. nach der richtigen Lesart; *tutela legitima libertae* bey HUGO iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 53, und GAJUS *Comm. I.* §. 192. et II. §. 122.

95) Es war nämlich ehemals ein mit der *tutela mulierum legitima* eigenthümlich verbundenes Recht, daß sie einem Andern in *iure*, nämlich ihrer Ausübung nach, cedirt werden konnte. Ein solcher tutor hieß *cessitius*, und die einem Andern auf solche Art cedirte Tutel *tutela cessitia*. S. GAJUS *Comm. I.* §. 169. ULP. *Fragm. XI.* §. 7. et 8. und Christ. Willh. HÜRNER *Diss. de tutela cessitia.* Lips. 1745. 4. Der Grund war, weil die Weibertutel nicht so, wie die *legitima tutela pupillorum*, mit der Pubertät aufhörte. Daher war die Session bey der *tutela pupillorum* nicht erlaubt, weil sie nicht so lästig war, wie die Agnaten-tutel über Frauen, die mit der Pubertät nicht wechselte, wie GAJUS *Comm. I.*

stellte keineswegs die vom Kaiser Claudius aufgehobene Agnaten-tutela über die Weiber wieder her, wie Cujaz⁹⁶⁾ behauptet, auch dehnte er nicht die *Lex Claudia* auf die Patronen aus, wie Heineccius⁹⁷⁾ wähnt; sondern er verbot nur das Recusiren der über unmündige Frauen, auf welche die *Lex Claudia* gar nicht ging, zu übernehmenden Tutel⁹⁸⁾, weil die Agnaten sich,

§. 168. lehrt. Durch die Cession hörte jedoch der tutor legitimus, als solcher, nicht auf Vormund zu seyn. Denn der tutor cessitius war nur Stellvertreter desselben. Starb er daher, oder erlitt er eine capitis deminutio, oder cedirte der tutor cessitius selbst die Tutela einem Andern weiter, so fiel die Tutela an den legitimus tutor wieder zurück. GAIUS I. §. 170. und ULPIAN, Tit. XI. §. 7. nach HUGO Tom. I. pag. 35. Mit Aufhebung der Agnaten-tutela über die Frauen mußte nothwendig auch die tutela cessitia wegfallen. Sie blieb nur noch bey der tutela legitima der Patronen über die libertas. Dies ist der Sinn der Stelle Ulpian's XI. 8. Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessitia tutela non procedit: quoniam permissum erat in iura cedere tutelam feminarum tantum; non etiam masculorum; feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit: excepta tutela patronorum. S. von Sabinus Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutela; in der Zeitschrift 3. B. S. 342. f. und Gans's Schollen zum Gaius. S. 192. f.

96) Ad Ulp. XI. 8. bey SCHULTING c. l. Not. 28. pag. 597.

97) Comm. ab Leg. Jul. et Pap. Popp. c. l. pag. 238.

98) L. 2. Cod. Theod. de tutor. et curator. creand. (III, 17.) In feminis tutelam legitimam consanguineus vel patruus non reouset. Die Art bey HEINECCIUS c. l. vel patronus, worauf er seine Meinung gründet, ist offenbar unrichtig. Daß sich diese Verordnung Con-

unter Berufung auf die Lex Claudia, der Tutel über unmündige Frauen gern zu entziehen suchten, wenn sie ihnen mehr zur Last, als zum Vortheil gereichte⁹⁹⁾. Eine solche Chikane konnte wenigstens immer damit entschuldiget werden, daß die Worte des Gesetzes, so wie sie auch Ulpian und Gajus selbst ausgedruckt haben, ganz allgemein lauteten. Auf ein Verbot dieser Chikane beschränkt

stantins bloß auf unmündige Frauen bezog, wird durch folgende Constitution des K. Leo außer Zweifel gesetzt. *L. 3. C. Inst. de legitima tutela. Constitutione divae memoriae CONSTANTINI, lege Claudia sublata, pro antiqui iuris auctoritate, salvo manente agnationis iure, tam consanguineus, id est, frater, quam patruus, caeterique legitimi, ad papillarum feminarum tutelam vocantur.* Es soll also hier nicht gesagt werden, daß Kaiser Constantin die Lex Claudia wieder aufgehoben, und den Agnaten die Tutel über die Weiber wiedergegeben habe, wie Cujacius, und gewissermassen auch Jac. Gothofredus ad L. 2. Cod. Theodos. de tutor. et curator. creand. Lib. III. Tit. 17. (Tom. I. Cod. Theod. pag. 360. edit. Ritter.) meinen; sondern es sollte nur kein Verufen auf die Lex Claudia Gehör finden, wenn sich ein Agnat, unter der Regide dieses Gesetzes, auch der Tutel über eine unmündige Frauensperson, weil sie ihm vielleicht mehr lästig, als vortheilhaft war, zu entziehen suchen sollte. Es ist also wohl möglich, daß Constantin selbst, oder daß K. Leo geglaubt habe, es sey damit wirklich der lex Claudia derogirt, und das alte Recht in Rücksicht der unmündigen Frauen wieder hergestellt worden. S. die Heidelberger Jahrbücher der Literatur. Jahrgg XIV. 5. Heft. 1821. S. 477.

99) S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. S. 233. S. 876.

sich daher bloß die Verordnung Constantins. Die Geschlechtstutel verlor sich jedoch nach und nach ganz. Hätte die Verordnung des Kaisers Theodos II. ¹⁰⁰⁾ wodurch das *ius liberorum* allen Einwohnern des Römischen Staats gegeben wurde, keine andere Beziehung gehabt, so würde freylich schon längst vor Justinian bey jedem Weibe das Verhältniß begründet worden seyn, an welches schon die *Lex Julia et Papia Poppaea* die Befreyung von der Tutel geknüpft hatte. Allein die spätere Erwähnung dieser Tutel beweist das Gegentheil ¹⁾. Der große Jacobus Gothofredus ²⁾ hat daher wohl nicht Unrecht, wenn er behauptet, Kaiser Theodosius habe durch seine Constitution nur in Beziehung auf die *lex Papia decimaria* den Ehegatten das *ius liberorum* erteilt, so wie auch

100) *L. 3. Cod. Theod. de iure liberorum.* (VIII. 17.) *Nemo posthaec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege defulimus,* oder wie es *L. 1. Cod. Just. de iure liberor.* (VIII. 59) heißt: *OMNIBUS concedimus.*

1) Es gedenkt ihrer Rt. HONORIUS in *L. ult. Cod. Th. de iure liberor.* (VIII. 17.) vom J. 412. und *L. 6: C. Th. de inoff. testam.* (II. 19.) vom J. 413. auch Rt. VALENTINIANUS III. in *Nov. VALENTINIANI Tit. IV. de Testamentis,* vom J. 446. in collect. *Novellarum constitution. Imp. Justiniano anterior. Ritter. adj. Cod. Theod. Tom. VI. P. II. pag. 108. sq.* bey Hugo in *Jur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1320. sq.* wo die *Constitutio VALENTINIANI III. Lib. II. Tit. 21.* befindlich ist. Der Grund dieser spätern Erwähnung ist, weil die Verordnung des Kaisers Theodosius sich nur auf den Orient beschränkte. S. HEINECCIUS *ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 15. §. 11. pag. 293 sqq.*

2) *Commentar. in Cod. Theod. Lib. VIII. Tit. 17. ad L. 3. de iure liberor. Tom. II. pag. 680. sq.*

schon vorher Kaiser Constantin der Große ³⁾ das *ius liberorum*, als gemeines Recht, in der Hinsicht allen ertheilt hatte, um den Strafen des Eölibats und der Orbität zu entgehen. Durch die Verordnung des Kaisers Theodosius sollten also Ehegatten das Recht haben, sich einander nach Gefallen zum Erben einzusetzen, und der Ueberlebende sollte das ihm Hinterlassene ganz erhalten, ohne deshalb um das *ius liberorum* bitten zu dürfen. Justinian nahm aber die Verordnung des Theodosius nach ihrer ganz allgemeinen Fassung in seinen Codex auf, und so verschwand auch das *ius liberorum* im Occident mit der Weibertutel ⁴⁾, welche daher der Compilation Justinians fremd geblieben ist. Diese kennt nur die einzige *tutela pupillaris*. Unter der Curatel standen ursprünglich nur Wahnsinnige und Verschwen- der, denn letztere wurden wie Wahnsinnige behandelt, und diese Curatel war in Ansehung der Art ihrer Bestellung nur von zweyerley Art. Eine *legitima*, welche die XII. Tafeln den Agnaten und Gentilen übertrugen, und eine *honoraria*, welche der Prätor bestellte ⁵⁾. Eine unmittelbar durch Testament bestellte Curatel, wie sie bey der Tutel der Pupillen und Weiber vorkam, gab es nicht ⁶⁾. Auch kannte man vor der Lex Plaestoria gar

3) *L. un. Cod. Theod. de infirmendis poenis coelibat. et orbitat.* (VIII. 16.) S. GOTTFREDDUS ad eand. L. Tom. II. pag. 676. sq.

4) S. HEINECCIUS c. I. pag. 294. sq.

5) S. ULYIAN *Fragm. Tit. XII.* und *Tit. Pand. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.* (XXVII. 10.) *L. 7. in fin. C. de testam. tut. D. eod.*

6) S. I. *de Curator. L. 16. D. eod. L. 7. in fin. C. de testam. tut.*

keine *cura aetatis*, und bey dieser mußte nachher immer erst ein Verlangen (*petere*) der obrigkeitlichen Bestellung vorausgehen, welche jedoch, nach der Constitution des Kaisers Marcus, *non redditis causis*, erfolgen konnte ⁷⁾. Alter und Verstandesgebrauch waren also noch nicht die alleinigen Voraussetzungen, wodurch die juristische Selbstständigkeit einer Person, d. i. der ungehörte Zustand der äussern und innern Freiheit des Willens und Handelns einer Person, bedingt war. So lang die Weiber Tutel herrschte, durfte nur der nicht durch Jugend oder Geisteschwäche unfähige Mann beliebig über das Seinige schalten. Von diesem sagte man denn *neutro iure tenetur* ⁸⁾, *suae tutelae* ⁹⁾, *sui arbitrii* ¹⁰⁾, *suae aetatis est* ¹¹⁾, *in suam tutelam et potestatem pervenit* ¹²⁾. Eben so, wie die deutschen Gesetze sagen, es sey Jemand zu seinen Jahren oder zu vogtbaren Jahren gekommen ¹³⁾. Beyde Verhält-

7) CAPITOLINUS in Marco. cap. 10. S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts §. 257.

8) GAJUS Comm. I. §. 142.

9) L. 50. pr. D. XXXII. de legatis. L. 9. §. 1. XXVI. 7. D. de admin. et peric. tutor.

10) L. 22. D. de Ritu nuptiar.

11) L. 5. §. 2. D. de auct. tutor. (XXVI. 8.) L. 27. D. de negot. gest. (III. 5.) L. 50. §. ult. D. XXXII. de legat.

12) L. 54. D. de hered. instit. L. 39. D. de vulg. et pupill. substitut. L. 50. pr. L. 51. D. de legat. III. S. BRISSONIUS de V. S. voc. Tutela.

13) Die Stellen aus dem Sachsen- und Schwaben Spiegel s. in Eichhorn's deutscher Staats- und Rechtsgeschichte Th. 2. §. 353. Not. a. und Reichsprivilegienordn. von 1577. Tit. 32. §. 1.

nisse, die tutela und curatio, hatten zwar darin eine Ähnlichkeit mit einander, daß sie als ein Recht des Vormundes, und als Analogie oder Surrogat der Gewalt des Vaters über seinen *filiusfamilias*, oder des Mannes über die Frau in *manu*, betrachtet wurden. Daher werden auch von beyden, gerade wie von dieser, die Ausdrücke *potestas* und *manus* gebraucht ¹⁴⁾, und nur Mannspersonen können *tutores* oder *curatores* seyn. Darin ist jedoch *tutela* und *curatio* von der *potestas*, in welcher sich diejenigen befinden, *qui alieno iuri subiecti* ¹⁵⁾, oder *in alieno iure positi sunt* ¹⁶⁾, sehr verschieden, daß der *tutor* oder *curator* nie durch den Pflegbefohlenen

14) Schon in dem Gesetz der XII. Tafeln heißt es: *Si furiosus existit, aut ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius POTESTAS esto.* AUCTOR ad HERENNIIUM Lib. I. Cap. 13. CICERO de *Inventione* Lib. II. Cap. 50. S. Dirksen Kritik und Herstell. des Textes der XII. Tafel, Fragmente. Kap. XI. Fr. 7. S. 369—380. CICERO de *Republica* III. 33. Quum furiosorum bona legibus in agnatorum POTESTATE sint. SERVIUS L. 1. D. h. t. und §. 1. I. eod. sagt von der Tutel, *est vis ac POTESTAS*; auch GELLIUS *Noct. Attic.* V. 19. Bey LIVIUS Lib XXXIV. Cap. 2. wird die Tutel über Weiber eine *MANUS* genannt, und von CICERO *pro Maraena* Cap. 12. das Wort *POTESTAS* gebraucht. Die beyden letztern Stellen sind schon oben Not. 76. vorgekommen. Man sehe hier vorzüglich Dirksens Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abh. VII. Nr. III. S. 280—286. und verbinde damit die Jahrbücher der gesammten deutsch. jurist. Literatur herausgegeben vom H. Prof. Schund 1. B. 2. Heft. S. 198.

15) GAJUS I. §. 48. 49. 50.

16) L. 7. pr. D. de cap. minut.

erwirbt, daß der Tutoren und Curatoren über Denselben zugleich mehrere seyn können¹⁷⁾, während nie Mehrere zugleich Denselben in der patria potestas, oder der manus haben können, und daß auch ein filiusfamilias fähig ist, tutor oder curator¹⁸⁾, und letzteres sogar über seinen Vater¹⁹⁾ selbst, zu werden²⁰⁾.

Was nach dem Zeugniß des Gajus²¹⁾ bey allen Nationen als Recht galt, daß Unmündige der Tutel untergeben sind, weil es, wie dieser Röm. Jurist sagt, der Vernunft gemäß ist, daß derjenige, welcher seines Alters wegen noch nicht für sich selbst zu handeln vermag, durch die Tutel eines Andern geleitet werde; ja was nach eben diesem Zeugniß fast in allen Staaten den Vätern gestattet war, daß sie ihren unmündigen Kindern im Testament Vormünder bestellen konnten; konnte wohl nicht erst durch die XII Tafeln bey den Römern eingeführt worden seyn. Wir finden auch wirklich schon in der ältesten Zeit bey

17) L. 24. D. de testam. tut. L. 23. D. de tutor. et curatorib. datis.

18) L. 7. D. de tutelis.

19) L. 12. pr. D. de tutor. et curat. dat. L. 1. D. de curatorib. furioso dand. S. Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Tit. VIII. Pr. VII. Illat. 12. pag. 329.

20) S. Hugo Leheb. der Gesch. des R. Rechts. S. 149. der 10. Aufl.

21) Comm. I. §. 189. Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum iure contingit: quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non est, alterius tutela regatur: nec fere ulla civitas est, in qua non liceat parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare: quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur tantum liberos in potestate habere.

Ihnen sehr deutliche Spuren sowohl von der Tutel als Curatel²²⁾. Numa befreite ja die Vestalinnen nach den Nachrichten Plutarchs²³⁾ von der Tutel, aus Achtung gegen die Würde des Priestertums²⁴⁾, und gab ihnen das Recht Testamente zu machen. Es muß also gewiß schon damals die Tutel über das weibliche Geschlecht gemeines Recht gewesen seyn²⁵⁾. So war es auch wohl nicht das erste Beyspiel einer testamentarischen Tutel, welches Livius²⁶⁾ vom König Ancus Marcius erzählt, der seinen Nachfolger, Tarquinius Priscus, zum Vormund seiner Kinder, im Testament ernannte. Gleich alt ist höchst wahrscheinlich die Tutel der Agnaten über Unmündige. Sie scheint von den Lacedämoniern herzustammen, und ward vielleicht schon mit

22) S. SZEXA Hist. iur. Rom. de tutelis et curationib. §. 2. (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 68 — 75.

23) In Numa Cap. X. pag. 66.

24) Diesen Grund nennt GAVUS *Comm. I.* §. 145.

25) Die Not. 76. angeführten Zeugnisse aus Livius und Cicero können hier zum Beweise dienen. S. SZEXA cit. Diss. pag. 69. GAVUS bemerkt *Commentar. I.* §. 193. bey den auswärtigen Völkern hätten sich zwar die Frauen nicht auf dieselbe Weise unter der Vormundschaft befunden, wie bey den Römern: sie wären aber doch unter einem der Vormundschaft ähnlichen Verhältnis (quasi in tutela) gestanden, und führt zum Beyspiel die *lex Bithynorum* an. Ein anderes Beyspiel von Apollonia in Lybien giebt CICERO *pro Flaeco. Cap.* 29. und 30. S. auch EV. OTTO Diss. de tutela feminarum perpetua. Cap. I. §. 6. und von BROLDORFF *Institut. Commentare des GAVUS.* 1. B. S. 691. ff.

26) *Lib. I. cap.* 34. in *fine.*

der Aufnahme der Sabiner in Rom angenommen²⁷⁾. Solon hatte zwar geradezu verboten, daß der nächste Intestaterbe die Vormundschaft verwalte, weil dieses zu Lebensnachstellungen Anlaß geben könnte²⁸⁾; allein gerade deswegen kann die tutela legitima nicht von den Athenern fern hergeleitet werden. Lycurg hingegen führte selbst die Vormundschaft über seines verstorbenen Bruders Sohn, als nächster Intestaterbe²⁹⁾, und mehrere andere Beispiele bey Thucydides, Diodorus Siculus, Herodot, und Plutarch, welche Walth³⁰⁾ anführt, lassen nicht bezweifeln, daß diese Tutel den Sitten der Lacedämonier gemäß war. Bey den Römern mußte die Einführung des Census noch insonderheit dazu mitwirken, daß man das Vermögen, welches einmal in eine Familie gekommen war, darin zu erhalten suchte³¹⁾. Daher führte man ein rein auf Familienverhältnisse gegründetes Erbrecht ein, und unterwarf Pupillen und Frauen einer beständigen Controlle ihrer künftigen Successoren, damit das Vermögen nicht in fremde Familien kommen, oder verschleudert werden möchte³²⁾. Eben so ist auch wohl

27) SROER Diss. cit. §. 2. (in *Opusc.* Vol. I. pag. 68.)

28) DIODORUS LACERTIUS *Lib. I. Segm.* 56.

29) PLUTARCHUS in *Lycurgo.* AELIANUS *Variar. histor. Lib. XIII. cap.* 23. ARISTOTELES *Politicor. Lib. II. cap.* 8. JUSTINUS *histor. Philipp. Lib. III. cap.* 2.

30) Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. BUDERO def. *Jenae* 1753. §. 5. (in *Opusc.* Tom. I.) Man vergleiche noch HEINECCIUS *Antiquitat. Rom. Synt. Lib. I. Tit. 13. §. 4. et 5.*

31) S. von LÖHR über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 2. (im *N. Magazin* etc. S. 10 f.)

32) *L. 1. pr. D. de legitim. tutor.*

die Curatel über Wahnsinnige und Berschwender nicht erst durch die XII. Tafeln eingeführt worden. Nach Ulpian's Zeugniß beruhet vielmehr der Ursprung der cura über einen prodigus, cui bonis interdictum est, auf einer Sitte, die älter, als die XII Tafeln ist. Denn was die XII. Tafeln darüber verordnet haben, sagt Ulpian³³⁾, war Anfangs moribus introductum. Es ist also keinem Zweifel unterworfen, daß die XII. Tafeln, welche von der Tutel und Curatel handeln, nur dasjenige bestätigen haben, was schon vorher Sitte war³⁴⁾.

Von der Tutel durch Ernennung der Obrigkeit in Ermangelung einer andern enthalten die Gesetze der XII. Tafeln nichts, obwohl schon Solon das Gesetz gegeben hatte; Ἀρχῶν orphanorum tutelam habeto³⁵⁾). Eine beständige Tutel über alle Angelegenheiten eines impubes oder femina fand auch wohl vor der Lex Atilia nicht Statt, und in diesem Sinne habe ich oben³⁶⁾ mit Herrn Geh. R. R.

33) L. 1. pr. D. de curator. furioso et aliis dand. Man verblude damit PAULUS Sentent. Receptor. Lib. III. Tit. 4. A. SCHULTING ad h. l. in Jurispr. vet. Antiquitat. Not. 15. pag. 341. und HEINECCIUS Antiquitat. Rom. iurispr. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. 23. §. 2. Not. a. pag. 196. edit. Haubold.

34) L. 1. pr. L. 20. §. 1. D. de testament. tutel. ULPIAN. Fr. XI. 14. Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis; UTI LEGASSIT, SUPER PECUNIA TUELAVE REI SUAE (oder wie Hugo in der Rechtsgesch. S. 166. der 8. Aufl. heißt: SUAVE RE) ITA JUS ESTO.

35) S. Jul. POLLUX Lib. VIII. cap. 9. und Sam. PETITUS Legg. Atticar. Lib. VI. Tit. 7.

36) S. 444.

von Löhr behauptet, die Weiber und Pupillen wären in Ermanglung eines tutor testamentarius oder legitimus sich selbst überlassen geblieben ³⁷⁾. Daß indessen in solchen außerordentlichen Fällen, wo selbst Gentilität nicht ausbalf, für einzelne Rechtsgeschäfte den Pupillen und Weibern, die keinen andern Tutor hatten, ein Tutor von der Obrigkeit gegeben werden mußte, um solche durch seine Auctorität vollgültig zu machen, daß auch die Obrigkeit bey Unmündigen für Verwaltung des Vermögens von Amts wegen wird gesorgt haben, läßt sich wohl darum nicht bezweifeln, weil Gajus ³⁸⁾ sagt, es sey schon der naturali rationi gemäß, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Es deutet auch gewiß auf ein hohes Alterthum hin, wenn Ulpian ³⁹⁾ sagt: *Moribus tutor datur mulieri, pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat, — qui praetorianus tutor dicitur, quia a Praetore urbis dari consuevit* ⁴⁰⁾. Nicht ohne Grund läßt daher Hugo ⁴¹⁾ schon in dem ersten Zeitraume bis

37) S. GAJUS *Comm. I.* §. 185. ULPIAN. *XI.* 18. *Pr. I. de Atilian. tut.* S. Jo. Pet. de LUDWIG Diff. iur. Rom. et German. in Attilian. tutela. *Halae* 1715. Diff. I.

38) *Commentar. I.* §. 189. Man vergleiche damit §. 6. *I. de Atilian. tut.*

39) *Fragm. Tit. XI.* §. 24.

40) Man vergl. auch GAJUS *Comm. I.* §. 184. *Utm cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur etc.*

41) *Lehrb. der Geschichte des R. R.* S. 119. Z. 10—20. der 8ten oder S. 154. der 10ten Auf.

auf die XII. Tafeln, die Ernennung der Vormünder durch die Obrigkeit zu ⁴²⁾.

Aus dieser geschichtlichen Darstellung erscheint aber auch zugleich, daß die Meinung ⁴³⁾, als sey die Vormundschaft ursprünglich mehr auf den Vortheil der Vormünder, als auf das Beste der Bevormundeten berechnet gewesen, ja größten Theils um jener willen eingeführt worden, sich nicht durchaus vertheidigen lasse. Mag auch die tutela legitima, als eine zu Bewahrung von Familienrechten erteilte Gewalt über den Pflegebefohlenen, zugleich um des Vormundes willen, als nächsten Erben des Bevormundeten, angeordnet worden seyn; wie dieser Grund insonderheit bey der Geschlechtstutel von Gajus ⁴⁴⁾ hervorgehoben wird; so war doch das Bedürfniß, welches, nach dem Zeugniß des Gajus ⁴⁵⁾, jeder Staat frühzeitig, schon als der Vernunft gemäß, fühlte, solche Personen zu schützen und zu vertreten, die factisch oder juristisch unfähig sind, für sich selbst zu handeln, oder ihr Vermögen zu verwalten, und also deren Bestes gewiß dasjenige, was die Tutel, wie auch schon die Ableitung dieses Namens von *tueri* andeutet ⁴⁶⁾, hervorrief ⁴⁷⁾. So wenig nun

42) S. Gans Schollen 4. Gajus. S. 201. ff. und Timmern Gesch. des Röm. Privatr. S. 234.

43) S. von Pöhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 1—3. (im N. Magazin I. B. S. 1—16.) und de Schaubtra de nexu tutelae et iuris succed. in bona defunctor. Spec. I. pag. 34 sqq.

44) *Comm. I.* §. 192.

45) *Comm. I.* §. 189.

46) §. 2. *I. h. t.* Appellantur tutores, quasi tutores atque defensores.

47) §. 6. *I. de Atil. tut. L. 10. pr. D. de confirm. tut. L. 12. pr. D. de tutor. et curator. datis.* Bon der

überhaupt zu läugnen ist, daß die Vormundschaft, sey eine gesetzliche, oder testamentarische, oder obrigkeitlich bestellte, für den Vormund ein Recht sey, welches ihm durch das Testament, worin er ernannt worden, oder durch das Gesetz, welches ihn zur Vormundschaft berufen hat, oder durch ein Decret der Obrigkeit gegeben wird, solche Personen zu schützen und zu vertheidigen, welche wegen ihres Alters, oder Geschlechts, oder Geisteschwäche eines fremden Schutzes und Beystandes bedürfen; weshalb auch dem Vormund in dem Römischen Recht ⁴⁸⁾ eine vis und potestas über den Bevormundeten eingeräumt wird, welche ihm von keinem Unberufenen, oder ihm bey der Tutel Nachstehenden, selbst nicht von der Obrigkeit, beeinträchtigt werden kann ⁴⁹⁾; so gewiß ist

Tutel, als Fürsorge des Staats zum Besten der derselben Bedürftigen sprechen auch mehrere Stellen der nicht juristischen Klassiker. Man sehe CICERO in *Verrum* I. c. 56. und DIONOR. SICULUS *Except. Peiresc.* ed. Vales. pag. 397. und CICERO de *Offic.* I. c. 25. sagt: *Ut enim tutela, sic procuratio Reipublicae ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissi sunt, gerenda est.* S. GANZ Scholien zum Gajus. 4. Schol. S. 179.

48) §. 1. et 2. I. h. t. L. 1. pr. D. eodem.

49) So hat z. B. der tutor legitimus kein Recht zur Tutel, wenn ein testamentarischer Tutor da ist, oder auch noch gehofft wird, wie Ulpian sagt L. 11. D. de testam. tut. Sciendum est, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare; und tritt die tutela legitima ein, so sagt CICERO pro *Flacco*. Cap. 34. *Nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate diminui.* Auch die obrigkeitliche Bestellung ist ungültig, wenn ein tutor legitimus da ist, der die Tutel führt. L. 9. Cod. Qui dare tutores.

es doch aber auch, daß die Vormundschaft, selbst die tutela legitima, als eine Pflicht und Last für den Vormund betrachtet wird, die demselben zum Besten des Vormundeten auferlegt ist, und der er sich nicht entziehen kann, wenn ihn nicht besondere Gründe entschuldigen⁵⁰⁾. Es ist also die Tutel eben sowohl ein Recht als eine Pflicht des Vormundes, wie sich aus der Entwicklung des römischen Begriffs noch deutlicher ergeben wird. Dieser Begriff lautet in den Institutionen⁵¹⁾, wie in den Pandecten⁵²⁾, folgendermassen.

TUTELA est, ut SERVIUS definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendam eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

Paulus, aus dessen libro XXXVIII. ad Edictum, wo er von Vormundschaften handelt, die L. 1. D. h. t. genommen ist, hat diesen Begriff von Servius entlehnt. Es ist eben derjenige Servius Sulpicius Rufus, dem Cicero⁵³⁾ das Lob beylegt, in hoc uno artem fuisse iuris, während seine Zeitgenossen, selbst D. Mus

50) Daher wird die Vormundschaft, sowohl die Tutel als Curatel, L. 1. §. 4. D. de muneribus et honorib. ein munus personale genannt. Der Ausdruck munus aber bezeichnet eine Last. L. 18. D. de Verb. Signif. Daher spricht auch die L. 10. §. 7. D. de excusat. von molestari, und selbst von der tutela legitima wird pr. I. de legitima patronor. tut. gesagt: Ubi successione est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. Man vergl. noch L. 5. in fin. C. de legit. tut.

51) §. 1. I. h. t.

52) L. 1. pr. D. h. t.

53) In Bruto. Cap. 41.

eius Scävola, sich bloß in der Ausübung des Rechts gezeigt hätten. Diese gelehrte Bildung, wodurch er die Kenntniß des Rechts eigentlich erst zur Wissenschaft erhob, verdankte er dem Studium der Dialectik, und der schönen Wissenschaften. Daher sagt Cicero: quod nunquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret, rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur. Hic enim attulit hanc artem, omnium artium maximam, quasi lucem, ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur, aut agebantur. *Dialecticam* mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intelligis: sed adiunxit etiam et litterarum scientiam, et loquendi elegantiam, quae ex scriptis eius, quorum similia nulla sunt, facillime perspicui potest. In seinen philippischen Reden ⁵⁴⁾ hat ihm Cicero noch folgendes Denkmal errichtet. Nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis, ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda, scientia. Omnes ex omni aetate, qui in hac civitate intelligentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum SERVIO SULPICIO non sunt comparandi ⁵⁵⁾.

54) *Orat. Philipp. IX. cap. 5.*

55) *S. Ev. Orro de vita, studiis, scriptis et honoribus Servii Sulpicii, Lemonis, Rufi, ICTor. principis. lib. sing. (Trajecti ad Rhen. 1737. 8.) und in Thea. iuris J. R. Otton. Tom. V. pag. 1649. sqq.) und Hugo Rechtsge-
schichte. S. 699 — 693. der 8. Aufl.*

Von einem so gebildeten Juristen nahm man wohl gern den Begriff einer wichtigen Rechtslehre in sein System auf. Da jedoch die Definition des Servius nur auf eine Art der Tutel, die tutela pupillorum, paßt, so kam sie wohl nicht so von Servius gegeben worden seyn, wie sie jetzt lautet, weil zu seinen Zeiten noch die andere Art der Tutel, die tutela muliebris, in lebhaftem Gebrauche war. Seger ⁵⁶⁾ ergänzt daher nach den Worten: qui propter aetatem suam, die Worte: *eamve, quae propter sexum, sponte se defendere nequit, etc.* Fast auf eine ähnliche Art Heineccius ⁵⁷⁾: *ad tuendum eum eamve, qui quaeve per aetatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit, etc.* Die nun hier aus dem ältern Rechte der Definition des Servius wiedergegebenen Worte mußten aber freylich weggelassen werden, weil zu Justinians Zeiten die Tutel über Weiber längst auffer Gebrauch gekommen war ⁵⁸⁾. Man hat übrigens sowohl über den Sinn des Begriffs, als über die Lesart der Worte von jeher viel gestritten ⁵⁹⁾.

56) *Histor. iur. Rom. de tutelis et curationib. §. 5. (Opusc. pag. 83.)*

57) *Not. ad VINNII Comment. ad Institut. ad §. 1. de tutel. in fin. Anderer Meinung sind jedoch Ev. OTTO in Comm. ad §. 1. I. de tutel. und SMALLENBURG ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Dig. Tom. IV. ad L. 1. D. h. t. Not. 3. pag. 388.*

58) *S. Franc. HOTOMANI Commentar. ad §. 1. I. h. t. Verb. Qui per aetatem. pag. 67. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 420. Not. 3. und v. Böhr über die R. Begriffe von Tutel und Curat. §. 4. Not. 1. S. 17.*

59) *S. Jac. CUJACII Commentar. in Libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum ad L. 1. D. de tutel. (Opp. postum. a FAMROTTO editor. Tom. II. pag. 610. sq.) Henr. BANOTIUS*

Es ist gleich die Worte: *ius et potestas* sind streitig. Viele (*) glauben, es müsse *ius ac potestas* gelesen werden, weil Christus in seiner griechischen Paraphrase sagt: *ἐπιτροπή τῶν ἀδικαίων καὶ τῶν ἀσυνετῶν* i. e. Tutela test. *ius* *iniquorum* *et potestas*: 2) weil auch einige alte Handschriften so lesen: 3) in andern Stellen der Pandecten und des Codex: die Worte *ius*

Varia. Observation. Lib. II. cap. 35. (in *Th. I. R.*

Ottom. Tom. V. pag. 1159 sq.) *Ulr. HUBER* Digres-

sion. iuris Justinian. Lib. III. Cap. 2. pag. 165—167.

Bart. MARRILLIUS Observation. Lib. VIII. cap. 15. *Hag-*

Donatus Comment. iur. civ. Lib. III. cap. 1. §. 6—11.

Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II.

pag. 538.) *Ev. OTTON* Vita Servii Sulpicii, Cap. VI.

§. 4. (in *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 1589 sq.) be-

sonders *Ge. Christ. GEBAUER* Progr. de Servii Sulpicii

definitione tutelae. Goetting. 1738! (in *EXUS* *Exercit-*

at. acad. Vol. II. Ex. 26.) und *Christoph. WAGNER* de

genuina definitione tutelae intellecta, lib. sing. *Lip-*

psiae 1742. 4.

69) *Ruffet CORNIUS* vertheidigen diese Lesart *PARDULPH. PRA-*

ZEVS *Juriapr. vet. Paratitl. ad constit. Nov. CXVIII.*

Cap. II. Art. 2. (in *Thes. Ottom.* Tom. IV. pag. 474.)

Rad. FORNERIUS *Rerum Quotidian.* Lib. II. cap. 9. (in

Th. Ottom. Tom. II. pag. 169.) *Herm. VULTREJUS* *Com-*

ment. ad Instit. §. i. Tit. de Tutelis n. 2. *Hypo in*

civillst. Magoj. IV. B. S. 8. Not. 4. und in der *Rechts-*

gesch. S. 115. Not. 1. *Aug. Guil. de SCHROETER* de

nexu tutelae et iuris succedendi. *Spec. I. p. 13. u. m. a.*

61) So z. B. führt *Charondas* für diese Lesart eine alte

Handschrift an, und auch eine von *Fellus* in seiner

Ausgabe von *Ev. OTTONIS* *Commentario Institution.*

(*Basiliae* 1750. 4.) verglichene *Pariser* Handschr. hat *ius.*

62) *Z. B. L. 1. pr. D. ad Leg. Falcid. L. 59. D. de Reg.*

iur. L. ult. C. de patria potestate. (VIII. 47.)

und potestas mit einander verbunden wurden; und 1) auch die Construction selbst diese Lesart erfordere. Denn wenn *ius* in bey dem *Moen* vorkommt, so folge meistens der Ablativ. Dennoch halten die meisten die Lesart *vis ac potestas* für die richtigere, welche auch in der That weit wichtigere Gründe für sich hat⁶³⁾. Denn 1) werden gleich nachher sowohl in den Institutionen §. 2. h. t. als in der Pandectenstelle die Worte *vis ac potestas* nochmals wiederholt. Theophilus sagt hier selbst §. 2.: *οἱ τὴν εἰρημὲνην δυνάμιν τε καὶ ἐξουσίαν ἔχοντες*, i. e. *qui dictam vim ac potestatem habent*. Sicher stand also in dem Institutionen-Exemplar, dessen sich Theophilus bediente, das Wort *vis* so gut, wie wir es noch jetzt lesen: Denn wie hätte er sonst die Worte *eam vim* im §. 2. durch *εἰρημὲνην δυνάμιν*, *dictam vim*, paraphrasiren können? Er erklärte aber das Wort *vis* durch *ius*, *δικαίον*, und so wurde es von seinen Schülern nachgeschrieben, aus deren nachgeschriebenen Hefen wir, wie bekannt, die griechische Paraphrase des Theophilus erhalten haben. Wir haben also hier nicht nöthig mit Gebauer einen, wegen der Verwandtschaft der Worte *δύναμις* und *δικαίον*, etwa möglichen Fehler der Abschreiber anzunehmen. Die Richtigkeit der Lesart *vis* bestärken aber noch vorzüglich 2) die Basiliken⁶⁴⁾. Hier heißt es: *Επιτροπή ἐστὶν δύναμις τε καὶ ἐξουσία κατὰ κεφαλῆς ἐλευθέρας*: *Turula est vis et potestas in caput liberum*. Ist nun auch ein späterer griechischer Jurist, Konstantinus Har-

63) S. Jo. Guil. HOFFMANN Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIII, §. 1. GEBAUER Progr. cit. Jo. Ortow. WESTENBERG Dig. h. t. §. 5. JANUS A COSTA, MYRETIUS, MARCELLUS, Ev. OTTO, und Em. MERRILLIUS Comm. ad Inst. Besonders WAGNER cit. lib. §. 5 et 6.

64) T. IV. Lib. XXXVII. Tit. 1. Const. 1. pag. 826.

menopulus ⁶⁵⁾, der Erklärung des Theophilus viel leicht lieber, als den Basiliken gefolgt, so darf uns dies ses nicht irre machen. Denn Harmenopulus erlaubte sich in seinem Buche *Manches* um der Deutlichkeit willen. Er sagt selbst in der Präfation nach der Ausgabe von Reiz ⁶⁶⁾; *is, quem novissime composuimus, liber et ad confirmationem bene institutorum, et ad faciliorem eorumdem intelligentiam* (*ευχερεια της αυτων γνωσσεως*) *comparatus est.* Endlich 5) werden auch die Worte *vis ac potestas* in den Gesetzen unser^s *Corporis iuris* gewiß eben so häufig, ja noch häufiger, als jene *ius et potestas*, mit einander verbunden ⁶⁷⁾. So wäre nun zwar wohl die Lesart *vis ac potestas* über allen Zweifel erhoben. Fragt man aber nach der Bedeutung dieser Worte; so sind auch hier wieder die Meinungen der Ausleger sehr verschieden. Es würde in der That Papier und Zeit verschwendet seyn, wenn man sich bey Anführung und Prüfung dieser zum Theil abgeschmalter Meinungen anhalten wollte, zumal da dieses auch schon von Cujaz ⁶⁸⁾, Gebauer ⁶⁹⁾,

65) In Προξισρω ο. *Manuali Legum.* Lib. V. Tit. 11. (*Supplem. Thes. Meerman.* pag. 324.)

66) S. in *Supplemento novi Thes. Meerman. Praefat. REITZII* pag. IX.

67) §. 3. I. *de Interdict. L. 17. D. de Legib. L. 1. D. de noxal. act. L. 59. D. de Reg. iur. L. 7. Cod. de Codicill. (VI. 36.)* Eben so bey den Römischen Classikern. *TACITUS Hist. Lib. II. cap. 39. Lib. III. cap. 11. CICERO de Orat. cap. 19. SENECA de Benef. Lib. II. cap. 34. GELLIUS Noct. Attic. Lib. XII. cap. 1.* Sogar in der h. Schrift neuen Testaments werden die Worte *ἐκνοια και δυναμις* häufig mit einander verbunden. *LUCAS IV. v. 36. MATTHAEI X. v. 28. LUCAS XII. v. 5.*

68) *Cit. Comm. ad L. 1, D. h. t.*

69) *Cit. Progr.*

und Wagner ⁷⁰⁾ geschehen ist. Die richtigere Meinung, worin auch die meisten ⁷¹⁾ übereinstimmen, ist unbestreitig die, daß beyde Ausdrücke *vis ac potestas* gleichviel bedeuten, und, nach der Gewohnheit der Römer und Griechen, um des grössern Nachdrucks willen, mit einander verbunden worden sind. Beyde Wörter sollen also die Art der Gewalt bezeichnen, welche dem Vormund über den Mündel regelmässig zusteht, und die Theophilus sehr richtig für eine Art von Recht (*δικαιον τι*) erklärt, welche eben darum *potestas* ⁷²⁾ genannt wird, weil sie eine der Familiengewalt ähnliche Gewalt, ja das Surrogat der väterlichen Gewalt ist ⁷³⁾, mit welcher sie sogar gewissermassen die Einheit der Person gemein hat, aber darin unterschieden ist, daß sie nicht, wie die väterliche Gewalt, dem Tutor Vortheile giebt ⁷⁴⁾, sondern bloß zum Schutz dient, ohne daß der

70) Cit. lib. sing. §. VII. et VIII.

71) Ger. NOODT c.l. Franc. BROBUS, VINNIUS, MURETUS, und Ev. OTTO in Comm. ad §. 1. I. h. t. WALCH ad Hoppii Comm. eod. l. pag. 143. not. a. WESTENBERG Dig. c. l. GREAUER Pr. cit. WAGNER cit. lib. §. 8. SEGER Opuscul. pag. 83. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthüm. §. 420. S. 608. Not. 3. u. a.

72) Ev. OTTO in Comm. ad §. 1. I. h. t. meint daher, daß Wort *vis* werde durch *potestas* erklärt, und daß *ac* werde hier für *id est*, gebraucht. Man sehe auch DONELLUS Commentarior. iur. civ. Lib. III. cap. 1. §. 7. (edit. Norimberg. 1808. 8.) und SMALLENBURG ad Ant. SCHULTING Not. ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. pag. 387. Not. 1. WESTENBERG Dig. h. t. §. 5. sagt: *Vis ac potestas est facultas et ius pro auctoritate quid faciendi*. GELLIUS Noct. Attic. Lib. V. cap. 19. auctoritas potestasque in pupillum.

73) PLATO de LL. lib. XI. sagt: *δν πολὺ διαφέρων ἢ παρ' αὐτὴν ὀρφανία κέκτηται τῆς πατρονομικῆς*: Pupillaris

Mündel dadurch *alieni iuris* und *capite deminuit* wird⁷⁵⁾. Daber fügt Servius, um diese Gewalt näher zu bezeichnen, hinzu: *in capite libero*. Auch über diese Worte ist viel gestritten. Denn auf wen sollen sie gehen? Hier theilen sich die Meinungen. Einige verstehen sie von dem Vormunde, andere von dem Pupillen. (Gene⁷⁶⁾ meinen, es solle dadurch angezeigt werden, daß der Vormund ein freier Mensch seyn müsse, wie die Röm. Gesetze⁷⁷⁾ ausdrücklich erfordern. Es lehrten dieses auch die folgenden Worte: *ad tuendum eum* etc., diese gingen erst auf den Pupillen, welchen die Definition von dem *caput liberum* genau unterscheidet. Sollten die Worte *in capite libero* dem Pupillen bezeichnen, so hätte es heißen müssen *in capite libero sui iuris*. Denn wer unter der Tutel stehen soll, müsse nicht nur frey, sondern auch *sui iuris*, d. h. der väterlichen Gewalt nicht unterworfen seyn. Es könnte auch nicht *in capite libero*, sondern es müßte *in caput liberum* heißen, wenn diese Worte auf den Pupillen gehen sollten. Endlich hätte man auch dann nicht sagen können *ad tuendum eum*, sondern *ad tuendum id sc. caput liberum*. Solcher Fehler wider die Grammatik habe man nicht nöthig, den Servius zu beschuldigen, wenn man die Worte *in capite libero* von dem Vormund verstehe. Denn beym Tutor sey es schon genug, wenn er die *libertas iuris gentium* habe, d. h. nur kein Sklave sey, er möge übrigens ein *filiusfamilias*, oder *homo sui iuris* seyn⁷⁸⁾. Diejenigen⁷⁹⁾ hingegen, welche die

aetas non multo diversam apud nos sortem a patria gubernatione obtinet. S. Zimmerns Gesch. des R. Privatrechts 1. Th. §. 232. Not. 4. S. 362.

75) HUBER Digression: Inst. Lib. III. Cap. 1. §. 3. p. 164.

75) Schweppe a. a. D. §. 420.

76) BARTOLUS ad L. 1. D. de Tutelis. Jul. PACIUS Anals. Institut. ad §. 1. de Tutelis. Franc. DE AMAYA Observation. Lib. I. cap. 7. nr. 3. sq. Hug. DANELLUS o. l. §. 8. Car. Frid. WALCH ad Hoppii Comment. ad §. 1. l. de tut. Not. b. pag. 143. u. a.

77) L. 22. D. de testam. tut. L. 7. Cod. Qui dare tutor.

78) Auch ein *filiusfamilias* mancipatus, antequam manumittatur, werde *caput liberum* genannt. ULMAN. Fragm. Tit. XI. §. 5.

Worte in capite libero von dem Pupillen erklären, haben
 1) die Auctorität des Theophilus und der Basiliken
 für sich, beyde haben κατά ελευθέρου κεφαλῆς,
 in caput liberum⁸⁰⁾. 2) In der Definition der Tutel
 könne vom Tutor selbst darum keine Rede gewesen seyn,
 weil erst nachher §. 2. J. h. t. gesagt werde: *Tutores*
autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent.
 3) Daß das caput liberum sui iuris seyn müsse, wäre
 nicht mehr nöthig gewesen hinzuzufügen, weil schon vorher
Pr. J. h. t. überhaupt sey gesagt worden, es könnten nur
 bloß diejenigen der Tutel oder Curatel unterworfen seyn,
 welche in keiner potestas sich befinden. Endlich
 4) sey auch der Ablativ bey potestas gar nicht unge-
 wöhnlich, und man habe auch nicht nöthig mit Fa-
 brot⁸¹⁾ einen Archaismus anzunehmen, weil diese Con-
 struction nicht nur in den XII. Tafeln bey der Curatel der
 Wahnsinnigen⁸²⁾, und in der Formel der Arrogation bey
 Gellius⁸³⁾ vorkomme; sondern auch in vielen Stellen
 der Pandecten⁸⁴⁾ der Ablativ statt des Accusativs ge-

79) HUBER Digress. Just. Lib. III. cap. 2. §. 2. GEBAUER
 cit. Progr. und WAGNER lib. sing. §. IX, et X.

80) Man erkennt daraus abermahls den Werth der griechi-
 schen Hülfsmittel bey der Interpretation. S. Degen's
 Bemerkungen über die Institutionen Paraphrase des
 griech. Rechtslehrers Theophilus. (Lüneb. 1809.)
 V. Abschn. S. 52.

81) In der Reitschen Ausgabe der Paraphrase des Theo-
 philus Tom. 1. pag. 136. Not. f.

82) AUCTOR ad HERENNIVM Lib. I. cap. 13. CICERO de in-
 ventions II. 50.

83) Noct. Atticar. Lib. V. cap. 19. *Velitis inboatis, Qui-
 rites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure Le-
 geque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque
 familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in
 20 potestas siet, uti patri ENDO FILIO est.*

84) L. 12. D. Qui testam. fac. poss. L. 51. §. 1. D. Fam.
 ercisc. L. 4. §. 2. D. Fir. reg. L. 65. §. 5. D. Pro
 Socia. L. 85. D. de Legat. III. L. 32. D. de lib.
 eaus. L. 8. D. de pollicitat. S. VOSSII Art. Gram-
 mat. VII. 65. und BRASSONII Παρηγοριῶν lib. sing. adj.
 Operi de Verb. Signif. Nr. LXXIII.

braucht werde. Daß diese Gründe überwiegend sind, ist wohl außer Zweifel. Die meisten sind daher auch darin einverstanden, daß die Worte in *capite libero* nicht das Subject, dem die potestas zusteht, sondern vielmehr dasjenige bezeichnen, welches sich in der potestas befindet, also den Mündel. Allein warum sagt denn nun *Servius* nicht geradezu in *pupillo*? Er hätte die Justinianische Belegcommission, wenn einmal der Begriff und zu ändern war, allerdings interpoliren können. Allein nicht *Servius*. Denn *Servius* wollte einen ganz allgemeinen Begriff von der Tutel geben. Er sollte sich, wie höchst wahrscheinlich ist, nicht bloß auf die Tutel der Pupillen beschränken, sondern auch die Weibers Tutel umfassen. *Servius* mußte also, um das Genus entlastet zu bezeichnen 1) einen Ausdruck gewählt, der auf beiden paßte, und welcher war wohl schicklicher, als die potestas in *capite libero*? Denn *caput liberum* heißt hier, nach der richtigen Erklärung⁸⁵⁾, nichts anderes, als *homo sui iuris*, also nicht bloß eine persona libera, denn sonst würde die Defertation des Pflégling's die Tutel nicht endigen⁸⁷⁾, sondern eine solche Person, welche Civität und Familienrecht hat⁸⁸⁾. Die Bezeichnung der potestas durch in *capite libero* war aber auch 2) darum nöthig, um die potestas des Tutors über die bevormundete Person von

85) *S. Rot.* 56. 57 und 58. *Ger. Noodr* in *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 538. führt jedoch eine Stelle von dem vetus Interpres des *PERIVS FLACCUS*, ad verbum: *magni pupille Peruli, Satir. IV* v. 3. an, welche so lautet: *Tutores dicunt pupillae suas, quorum tutelam gerunt: quod TUTELA sit potestas in PUPILLOS, auctore SERVIO SULPICIO.*

86) *S. Guil. MARANUS* Paratit. ad *Pandect. h. t. Franc. BALDOVINUS* *Comm. ad §. 1. l. h. t. Ant. FABER* *Jurisprud. Papinian. Tit. XII. Pr. 1. Ev. OTTO* *Vita Servii Sulpic. Cap. VI. §. 4.* (in *Theo. iur. Rom. Tom. V.* pag. 1589.) *WAGNER* *lib. sing. §. X.* und *Schweyße* *Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthümer. §. 420. Not. 3.*

87) *L. 14. D. de tutelis.*

88) *CICERO* in *Verram. Lib. II. cap. 32.* *GELLIUS* *N. A. Lib. V. cap. 19.* *ULPIAN.* *L. 195. §. 2. D. de Verb. Signif. L. 259. D. eodem.*

der potestas des Vaters über seine Kinder, und der eines Herren über seine Sklaven zu unterscheiden, zugleich über auch die Würde und Wichtigkeit des Tutels dadurch anzudeuten, welche dem Vormund, wie potestas oder *in capite liberum* gibt, über welches sonst nur dem Vater, die dem Vater gebührende eine Gewalt zukommt⁸⁹). Nicht durch diese also noch wird, des Satz bedürftig, daß nur solche Person in der Tutel, sein können die *suavia* *sanctio* also werden *filiis familias* noch *servi*. *non quoniam hinc illa. non manant*. Wenn es nun in der Definition weiter heißt: *ad tuendum eum, qui propter aetatem suam propter se defendere nequit*, daß soll dadurch die wesentliche Zweck den Tutel ausgeübt werden. Man hat gemeint, daß diese Worte auf *caput liberum* gehen sollten, so hätte nach grammatischer Construction gesagt werden müssen *ad tuendum eum, qui propter aetatem suam propter se defendere nequit*, und hätte davon ein solches Grund für die Meinung hergenommen, daß das *caput liberum* des Tutel sein. Allein schon GERNEL (*op. cit.* *§. 1. de Tutel. §. 1. de Tutel.*) hat bemerkt, daß die Worte: *ad tuendum eum*, nicht auf *caput liberum*, sondern auf den Stoff folgenden sich beziehen *qui propter aetatem se defendere nequit*, so daß man also hier ganz nicht nöthig hat, mit vielen eine grammatische Figur anzunehmen, die man Synthesis oder *non ratio* zu nennen pflegt⁹⁰). Das Wort aller Titel ist nun also Schutz und Verteidigung der Unmündigen. Denn es werden hier die Ausdrücke *tutor* und *defendere* als gleichbedeutend gebraucht. Von diesem Zweck, haben auch die Tutoren ihren Namen erhalten. *Appellantur enim tutores, sagt Justinian⁹¹ quasi tutores atque defensores, sicut aeditur dicuntur, qui aedes tuentur.*

89) *S. Ant. FABER*, c. 1. und *Pet. de TOLLINO Collectan. edita a Jo. VOLANO* (Ordening. 1737.) Diss. VIII. Mantiss. §. 5. et 6. pag. 280. 281.

90) *Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 9.* Eben dieses hatte auch schon HUBER in *Digress. Justin. Lib. III. cap. 2. §. 3.* pag. 166. bemerkt.

91) *S. Ant. MARRAS Comm. ad Institut. h. t. nr. 8. pag. 404. Ger. NOON Observat. Lib. 1. cap. 4. in An. GEBAUER cit. Progr. und Jan. BERTH. MOHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. 4. cap. 4. pag. 25.*

92) *§. 2. I. h. t.*

der
oder
nicht
ist
zu dem
sich
nen
sowas

heißt:

sponde
sich
auch
so
müssen
die
der
ist
nicht
nde
quite
eine
theis
aller
Unmäh
delende
Zwed
lppen
icore
les
von
Din

Oben
stin

h. 2
cap. 6
p. 4

